



**PERBANDINGAN AKAD MENURUT HUKUM ISLAM DAN PERJANJIAN
MENURUT KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM PERDATA**

**Disusun
Untuk Memenuhi Persyaratan Memperoleh Derajat S2
Program Studi Magister Kenotariatan**

**Oleh:
Gita Rachmad Gunawan
NIM 11010210400106**

**PEMBIMBING:
Muhyidin, S.Ag.M.Ag.MH**

**PROGRAM STUDI MAGISTER KENOTARIATAN
PROGRAM PASCASARJANA
UNIVERSIRAS DIPONEGORO
SEMARANG
2012**

**PERBANDINGAN AKAD MENURUT HUKUM ISLAM DAN
PERJANJIAN MENURUT KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM
PERDATA**

Disusun Oleh:

**GITA RACHMAD GUNAWAN
11010210400106**

**Dipertahankan di depan Dewan Penguji
Pada tanggal 19 Juni 2012**

**Tesis ini telah diterima
Sebagai persyaratan untuk memperoleh gelar
Magister Kenotariatan**

Pembimbing,

Mengetahui,
Ketua Program
Magister Kenotariatan
Universitas Diponegoro

Muhyidin, S.Ag.M.Ag.MH
NIP 19750309 200312 1 002

H. Kashadi, SH. MH
NIP 19540624 198203 1 001

PERNYATAAN

Saya yang bertanda tangan dibawah ini GITA RACHMAD GUNAWAN, dengan ini menyatakan hal-hal sebagai berikut:

1. Tesis ini adalah hasil karya sendiri dan di dalam tesis ini tidak terdapat karya orang lain yang pernah diajukan untuk memperoleh gelar di perguruan tinggi/lembaga pendidikan manapun. Pengambilan karya orang lain dalam tesis ini dilakukan dengan menyebutkan sumbernya sebagaimana tercantum dalam daftar pustaka.
2. Tidak berkeberatan untuk dipublikasikan oleh Universitas Diponegoro dengan sarana apapun, baik seluruhnya atau sebagian, untuk kepentingan akademik/ilmiah yang non komersial sifatnya.

Semarang, 12 Juni 2012

Yang menyatakan

GITA RACHMAD GUNAWAN

KATA PENGANTAR

Segala puja dan puji bagi Allah SWT atas segala rahmat, berkat, karunia dan petunjuk-Nya, sehingga penulis dapat menyelesaikan penulisan hukum yang berjudul **"Perbandingan Akad Menurut Hukum Islam dengan Perjanjian Menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata"** Penulisan hukum ini disusun dalam rangka menyelesaikan tugas akhir sebagai syarat kelulusan program Pascasarjana (S2) Fakultas Hukum Universitas Diponegoro.

Pada kesempatan ini, penulis ingin mengucapkan terima kasih kepada :

1. Prof. Sudharto P. Hadi, MES, Ph. D., selaku Rektor Universitas Diponegoro beserta para Pembantu Rektor.
2. Prof. Dr. dr. Anies, M.Kes, PKK, selaku Direktur Program Pasca Sarjana.
3. H. Kashadi, SH. MH selaku ketua program Magister Kenotariatan Universitas Diponegoro.
4. Prof. Dr. Yos Johan Utama, S.H.,M.Hum. selaku Dekan Fakultas Hukum Universitas Diponegoro beserta para Pembantu Dekan.
5. Prof. Dr. Budi Santoso, S.H, MS. Selaku Sekretaris I Program Studi Magister Kenotariatan Universitas Diponegoro.
6. Prof. Dr. Suteki, S.H,M.Hum, selaku Sekretaris II Program Studi Magister Kenotariatan Universitas Diponegoro.

7. Muhyidin, S.Ag.M.Ag.MH selaku Dosen Pembimbing yang telah memberi bimbingan dan memberi arahan kepada penulis serta memberikan dorongan-dorongan untuk segera menyelesaikannya. Tak lupa beliau memberi motivasi kepada penulis sehingga dapat terselesaikan tanpa hambatan.
8. Prof. Dr.Yusriyadi, SH.MS, selaku Dosen Penguji I
9. Ro'fah Setyowati, SH.M.Hum, selaku Dosen Penguji II
10. Bapak dan Ibu dosen Fakultas Hukum Universitas Diponegoro serta seluruh Civitas Akademika yang telah memberikan kekayaan serta keluasan ilmunya kepada penulis.

Penulis menyadari bahwa dalam penulisan hukum ini masih banyak kekurangan yang perlu disempurnakan. Oleh karena itu, penulis selalu mengharapkan kritik dan saran yang bersifat membangun demi kesempurnaan penulisan hukum ini. Semoga penulisan hukum ini bermanfaat bagi kita semua. Akhir kata, penulis memohon maaf apabila terdapat kesalahan dalam penulisan ini.

Semarang, 12 Juni 2012

Penulis,

Gita Rachmad Gunawan

LEMBAR PERSEMBAHAN

Tesis ini Saya persembahkan kepada pihak-pihak yang telah memberikan dukungan moral dan spiritual kepada penulis selama ini dalam menyelesaikan penulisan Tesis ini, antara lain :

1. Kedua Orang Tua tercinta serta adik tersayang, atas kasih sayang, nasihat, dan doa-doanya yang membuat penulis mampu menyelesaikannya sita-sitanya untuk meraih pendidikan tertinggi.
2. Endah Yuskurnianingrum yang selama penulisan ini telah memberikan segala bantuan dan kasih sayang dalam menyelesaikan Tesis ini.
3. Sahabat-sahabat Magister Kenotariatan khususnya angkatan 2010 yang tidak dapat disebutkan satu persatu.

Semarang, 12 Juni 2012

Penulis,

Gita Rachmad Gunawan

ABSTRAK

Perbandingan Akad Menurut Hukum Islam dengan Perjanjian Menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata

Perjanjian merupakan perwujudan dari sebuah perikatan. Suatu perjanjian diartikan sebagai suatu peristiwa dimana seseorang berjanji kepada seorang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal, sehingga dapat disimpulkan perjanjian akan menimbulkan perikatan antara para pihak yang membuat perjanjian. Dengan kata lain perikatan adalah pengertian abstrak, sedangkan perjanjian adalah suatu hal yang kongkrit atau sesuatu peristiwa. Pandangan hukum Islam terhadap akad (perjanjian) berbeda dengan pandangan hukum positif yang sekuler. Tanpa memperhatikan nilai-nilai agama, suatu akad dipandang sah menurut hukum positif bila terjadi atas dasar sukarela antara pihak-pihak yang bersangkutan, meskipun harus dalam batas kepatutan. Berbeda dengan hukum Islam yang masih menekankan nilai-nilai agama maka, kemerdekaan orang dalam membuat akad dan syarat-syarat tidak dapat menyimpang dari ketentuan-ketentuan ajaran agama, meskipun pihak-pihak bersangkutan telah menyatakan sukarela.

Dalam penelitian ini digunakan metode pendekatan yuridis normatif, dengan menggunakan data sekunder yang kemudian dianalisis dengan menggunakan teknik analisis data kualitatif normatif.

Hasil penelitian ini menunjukkan dasar yang digunakan untuk menentukan sah atau tidaknya akad menurut Hukum Islam adalah Syariat Islam, sedangkan menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata adalah sesuai dengan Pasal 1320 KUHPerdata.

Kesimpulan dari Penulisan Hukum ini adalah bahwa Perbedaan Akad dalam Hukum Islam dengan Perjanjian menurut Hukum Perdata terletak pada para pihak pembuat akad, pernyataan kehendak, obyek akad, dan tujuan akad. Akibat hukum yang terjadi dalam terminasi akad menurut Hukum Islam adalah kedudukan hukum para pihak kembali seperti sebelum terjadinya akad, sedangkan menurut KUHPerdata jika tidak memenuhi syarat subyektif maka dapat dibatalkan, jika tidak memenuhi syarat obyektif maka batal demi hukum.

Kata Kunci: Akad, Perjanjian

ABSTRACT

Comparison of Agreement with the Islamic Legal Agreement According to the Civil Law Act

Agreement is a manifestation of an engagement. A covenant is defined as an event in which a promise to one another or where the two men promised each other to carry out some way, so it can be concluded the agreement would lead to the engagement between the parties to make arrangements. In other words, engagement is an abstract notion, while the agreement is a concrete thing or an event. View of Islamic law to the contract (agreement) is different from a secular view of positive law. Without regard to religious values, a contract is deemed legally valid if there is positive on a voluntary basis between the parties concerned, although it should be within the limits of propriety. Unlike the Islamic law that still emphasizes religious values. Thus, the independence of people in making the contract and the terms can not deviate from the provisions of the teachings of religion, even though the parties concerned had declared voluntary.

This study used the method of normative juridical approach, using secondary data then analyzed using Qualitative Data Analysis Normative techniques.

The results of this study indicate the basis used to determine whether or not the contract valid under Islamic law is Islamic law, while according to the Book of the Law of Private Law is in accordance with Article 1320 Civil Code.

Writing the conclusion of this law is that the difference Agreement in the Islamic Law with Civil Law Treaty according to the manufacturer is located in the contract, a statement of the will, the object of the contract, and contract purposes. Legal consequences that occur in the termination of the contract according to Islamic law is the legal position of the parties back to the way before the contract, while according to the Civil Code if it does not eligible the subjective requirements may be canceled, if the objective is not eligible null and void.

Keywords: Contract, agreement

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
HALAMAN PENGESAHAN	ii
HALAMAN PERNYATAAN	iii
KATA PENGANTAR	iv
LEMBAR PERSEMBAHAN	vi
ABSTRAK	vii
ABSTRACT	viii
DAFTAR ISI	xiii
BAB I PENDAHULUAN.....	1
A.	L
atar Belakang	1
B.	P
ermasalahan.....	7
C.	T
ujuan Penelitian.....	7
D.	M
anfaat Penelitian.....	7
E.	K
erangka Pemikiran	8

1.	T
injauan Umum mengenai Akad menurut Hukum Islam	8
2.	T
injauan Umum Mengenai Perjanjian menurut KUHPerdara	11
F.	M
etode Penelitian.....	14
1.	M
etode Pendekatan	15
2.	S
pesifikasi Penelitian.....	16
3.	S
umber dan Jenis Data	16
4.	M
etode Pengumpulan Data	18
5.	T
eknik Analisis Data.....	18
BAB II TINJAUAN PUSTAKA.....	20
A. Akad menurut Hukum Islam.....	28
1. Pengertian Akad	20
2. Keabsahan Akad Menurut Hukum Islam	21
3. Asas-Asas Akad dalam Hukum Islam.....	26
4. Subyek dan Obyek Akad	28

5. Berakhirnya Akad	29
6. Prestasi, Keadaan Memaksa, Ingkar Janji Akad	30
B. Perjanjian menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.....	29
1. Pengertian Perjanjian	32
2. Syarat-syarat Sahnya Perjanjian	35
3. Asas-Asas Perjanjian	37
4. Subyek dan Obyek Perjanjian	43
5. Prestasi, Wanprestasi, Overmacht	43
6. Berakhirnya Perjanjian	46

BAB III HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A.	P
erbandingan Akad menurut Hukum Islam dengan Perjanjian menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata	48
1.	P
erbedaan syarat sah dan rukun terbentuknya akad dalam Hukum Islam dengan syarat sah Perjanjian menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata	60
a.	P
ara Pihak yang membuat akad	60
b.	P
ernyataan kehendak	61
c.	O
byek	61

d. Tujuan	62
2. Persamaan syarat sah dan rukun terbentuknya akad dalam Hukum Islam dengan syarat sah Perjanjian menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata	63
a. Para Pihak yang membuat akad.....	63
b. Pernyataan kehendak.....	64
c. Obyek.....	64
d. Tujuan	64
B. Akibat Hukum dari Pemutusan Akad.....	65
1. Pemutusan Akad menurut Hukum Islam.....	65
a. Terminasi Akad melalui kesepakatan bersama	66
b. Terminasi Akad melalui Urbun	68
c. Terminasi Akad karena tidak dilaksanakan	71
d. Terminasi Akad karena mustahil dilaksanakan	74
2. Pemutusan Kontrak menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata	76
a. Perikatan Hapus karena Pembayaran	77
b. Perikatan hapus karena penawaran pembayaran tunai diikuti dengan konsignasi atau penitipan	80
c. Pembaharuan Utang (Novasi)	81
d. Kompensasi (Set off)	81
e. Pencampuran Utang.....	82
f. Pembebasan Utang.....	82

g. Musnahnya Barang yang Terutang	83
h. Kebatalan dan Pembatalan Perikatan	83
C. Penyelesaian Sengketa Bisnis Syariah.....	84
1. Pengadilan Agama	85
2. Badan Arbitrase Syariah Nasional.....	85
D. Langkah Hukum dalam Penyelesaian Sengketa Perjanjian menurut KUHPerdara	91
1. Pengadilan sebagai lembaga penyelesaian sengketa Kontrak ..	93
2. Arbitrase sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa Kontrak diluar Pengadilan.....	97
BAB IV PENUTUP	104
A.	S
impulan.....	104
B.	S
aran	105

DAFTAR PUSTAKA

LAMPIRAN

BAB I PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Interaksi sosial di masyarakat tidak hanya berdimensi kemanusiaan dan sosial budaya, namun juga menyangkut aspek hukum, termasuk perdata. Naluri untuk mempertahankan diri, keluarga dan kepentingannya membuat manusia berfikir untuk mengatur hubungan usaha bisnis mereka ke dalam sebuah perjanjian. Dalam aktivitas kehidupan sehari-hari, dalam tingkat yang paling sederhana pun, terkadang memerlukan perjanjian dengan pihak lain agar merasa nyaman, aman dan tenang untuk beraktivitas bersama.

Banyak hal menarik yang muncul dalam kaitannya dengan pembuatan perjanjian itu, baik sebelum perjanjian terwujud maupun setelah timbul suatu perjanjian. Hal-hal tersebut antara lain ketika hendak mengadakan perjanjian, apakah partner/rekan dalam membuat perjanjian itu tidak menipu, tidak sadar atau khilaf atau bahkan melakukan paksaan dalam menyusun perjanjian. Kata perjanjian dan kata perikatan merupakan istilah-istilah yang telah dikenal dalam KUHPerdata dalam menggambarkan tercapainya suatu kesepakatan antara pihak untuk saling mengikatkan diri satu sama lain. Dalam menyikapi konsekuensi hukum dari kesepakatan untuk mengikatkan diri tersebut, ternyata pengertian perjanjian tidak selalu mempunyai pengertian yang sama dengan perikatan. Pada perikatan masing-masing pihak mempunyai hak hukum untuk menuntut pelaksanaan prestasi dari masing-masing pihak yang telah sepakat untuk terikat, sementara pada perjanjian tidak ditegaskan tentang hak hukum yang dimiliki oleh masing-masing pihak yang berjanji apabila salah satu dari pihak wanprestasi.¹

Perjanjian merupakan perwujudan dari sebuah perikatan. Suatu perjanjian diartikan sebagai suatu peristiwa dimana seorang berjanji kepada seorang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk

¹ Ricardo Simanjuntak, *Hukum Kontrak : Teknik Perancangan Kontrak Bisnis*, Jakarta : PT.Gramedia, hal 30.

melaksanakan sesuatu hal, sehingga dapat disimpulkan perjanjian akan menimbulkan perikatan antara para pihak yang membuat perjanjian. Dengan kata lain perikatan adalah pengertian abstrak, sedangkan perjanjian adalah suatu hal yang kongkrit atau sesuatu peristiwa.²

Seiring dengan tumbuhnya kesadaran umat sejak abad ke-20 yang lalu untuk kembali kepada ajaran agamanya yang murni dan sekaligus memadukannya dengan kehidupan modern termasuk pada aspek bisnis. Dalam hal ini khususnya Hukum Islam mengenai Hukum Muamalat dalam aspek perjanjian, mendapat perhatian yang cukup besar dari para pengkaji. Hal ini dikarenakan transaksi komersial memiliki arti yang sangat besar di dunia.

Hukum perjanjian syari'ah seperti juga hukum perjanjian yang memuat dua kategori besar ketentuan. Pertama, ketentuan-ketentuan umum yang berlaku terhdap semua perjanjian baik perjanjian bernama maupun perjanjian tidak bernama. Ketentuan-ketentuan ini biasanya di kalangan pengkaji Hukum Islam dikenal dengan nama *nazhariyyah al-'aqad* (asas-asas akad, teori akad). Kedua memuat ketentuan-ketentuan khusus yang berlaku bagi aneka akad khusus yang biasanya dibicarakan ketika berbicara tentang asas-asas umum akad.

Aspek hukum perjanjian meliputi aneka perjanjian seperti jual beli, pinjam-meminjam, utang-piutang, mudharabah, penitipan, *iflas* (pailit), perdamaian. Transaksi jual beli dimana ditegaskan antara lain dilarang melakukan trasnsaksi yang menagandung riba. Kemudian ditegaskan mengenai ketentaun-ketentuan rukun dan syarat jual beli. Benda objek jual beli hendaklah pula memenuhi syarat-syarat berupa dapat ditrasnsaksikan dan tidak terlarang menurut syari'ah sehingga tidak sah jual beli tuak, arak, anjing, babi dan benda-benda haram lainnya. Selain itu objek tersebut juga harus benda bernilai (berguna) yang dalam istilah

² Subekti, *Hukum Perjanjian*, (Jakarta: Intermasa, 2005), hal 3.

fikih disebut *mutaqawim*. Lebih lanjut objek jual beli harus merupakan milik penjual atau berada dalam kekuasaannya baik karena ia wali atau karena mendapat kuasa atas benda tersebut. Apabila syarat ini tidak dipenuhi maka tidak sah jual belinya.

Disamping itu, harus ada ijab dan qabul seperti pernyataan penjual, “ku jual benda ini” dan perkataan pembeli “ku beli benda ini”. Para pihak mempunyai hak *khiyar* (pilih), baik *khiyar majlis* maupun *khiyar syarat*. Artinya salah satu pihak boleh memilih untuk meneruskan atau membatalkan akad jual belinya secara sepihak sesudah terjadinya ijab dan qabul selama majlis akad belum bubar (*khiyar majlis*) atau apabila ada klausul pembatalan jual beli maka maksimal batalnya adalah tiga hari (*khiyar syarat*).

Konsepsi hukum dalam ajaran Islam berbeda dengan konsepsi hukum pada umumnya, khususnya hukum modern. Dalam Islam hukum dipandang sebagai bagian dari ajaran agama dan norma-norma hukum bersumber pada agama. Umat Islam meyakini bahwa hukum Islam berdasarkan pada wahyu ilahi. Oleh karena itu disebut syariah, yang berarti jalan yang digariskan Tuhan untuk manusia.

Namun demikian, syariah itu sepenuhnya diterapkan dalam kehidupan sosial masyarakat, diinterpretasikan dan dijabarkan oleh aktivitas intelektual manusia dalam merespons berbagai problem yang dihadapi manusia dalam perkembangan masyarakat, sehingga terhimpun sejumlah ketentuan hukum hasil ijtihad dan penafsiran manusia di samping ketentuan-ketentuan yang secara langsung ditetapkan dalam wahyu ilahi. Oleh karena itu, hukum Islam dinamakan pula fikih, yang berarti pemahaman dan penalaran rasional. Jadi, fikih menggambarkan sisi manusia dari hukum Islam. Satuan ketentuan atau kaidah mengenai suatu kasus ini disebut hukum syar’i atau hukum syarak. Sebagian dari kumpulan hukum syarak ini diambil oleh Negara untuk dilegalisasi dan

dijadikan peraturan perundang-undangan positif yang berlaku secara yuridis formal pada bidang-bidang hukum tertentu. Peraturan demikian disebut kanun (*al-qanun*) yang kemudian dalam bahasa Indonesia digunakan istilah Hukum Islam.

Jadi terdapat banyak istilah yang digunakan untuk menyebut Hukum Islam. Istilah-istilah itu berbeda satu sama lain dan menggambarkan sisi tertentu dari hukum islam. Namun secara keseluruhan istilah-istilah tersebut sering diidentikkan dan digunakan untuk menyebut Hukum Islam.

Prinsip utama dari hukum perjanjian menurut KUHPPerdata adalah prinsip kebebasan berkontrak. Hal ini didasarkan pada ketentuan Pasal 1338 jo Pasal 1320 KUHPPerdata. Pasal 1338 KUHPPerdata menyatakan bahwa segala perjanjian yang dibuat secara sah mengikat seperti Undang-Undang bagi pihak-pihak yang mengadakannya. Sedangkan keabsahan dari perjanjian tersebut didasarkan pada dipenuhinya syarat sahnya perjanjian sebagaimana yang tertuang dalam ketentuan pasal 1320 KUHPPeradata yang intinya yang menyebutkan bahwa untuk sahnya suatu perjanjian diperlukan adanya kesepakatan diantara para pihak, adanya kecakapan bertindak secara hukum, adanya objek tertentu, dan sebab-sebab yang halal.

Perjanjian yang sah juga menimbulkan akibat hukum bagi para pihak berupa kewajiban untuk melaksanakannya dengan itikad baik. Sedangkan apabila keempat syarat tersebut tidak dipenuhi, maka konsekuensi yuridis dari perjanjian tersebut adalah batal, baik batal demi hukum dalam hal syarat objektif tidak dipenuhi, maupun dapat dibatalkan dalam hal syarat subjektif yang tidak dipenuhi.

Terjadinya suatu kontrak atau perjanjian secara hukum harus memenuhi unsur-unsur yang dapat dikelompokkan menjadi 3 hal, yaitu :³

1. **Essensialia**

Bagian –bagian dari perjanjian yang tanpa bagian ini perjanjian tidak mungkin ada. Harga dan barang adalah essensialia bagi perjanjian jual beli.

2. **Naturalia**

Bagian-bagian yang oleh UU ditetapkan sebagai peraturan-peraturan yang bersifat mengatur.

Misalnya penanggungan.

3. **Accidentalia**

Bagian-bagian yang oleh para pihak ditambahkan dalam perjanjian dimana UU tidak mengaturnya.

Misalnya jual beli rumah beserta alat-alat rumah tangga.

Saat ini minat masyarakat untuk mempelajari sistem ekonomi Islam semakin meningkat. Bahkan secara *legal formal* telah berdiri lembaga-lembaga keuangan syariah yang mendasarkan prinsip bagi hasil (*profit loss sharing principle*). Secara hukum eksistensi dari lembaga keuangan syariah, dalam hal ini perbankan syariah diatur di dalam ketentuan Undang-Undang Nomor 7 tahun 1992 tentang Perbankan, yang didalamnya memberikan ruang bagi bank untuk menjalankan usahanya berdasarkan pada prinsip bagi hasil. Pada tahun itu pula berdirilah Bank

³ Ricardo Simanjuntak, *Hukum Kontrak : Teknik Perancangan Kontrak Bisnia*, Kontan Publishing, 2011, hal 114

Muamalah Indonesia. Kemudian pada tahun 1998 diundangkanlah Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan. Dalam undang-undang ini secara tegas dikatakan bahwa berdasarkan pengelolaan usahanya bank terdiri dari Bank Konvensional⁴ dan Bank Syariah⁵. Khusus untuk bank syariah ini terdiri dari Bank Umum Syariah dan Bank Perkreditan Rakyat Syariah.

Sejak saat itu pula kemudian berdiri bank-bank syariah, baik yang secara khusus mendasarkan pengelolaannya secara syariah murni ataupun bank-bank konvensional yang membuka jendela syariah dalam usaha perbankan yang dijalankannya. Disamping itu berdiri pula lembaga-lembaga islam yang lain, seperti *Baitul Mal wa Tamwil* (BMT), juga ada pula lembaga asuransi syariah atau *Takaful*.

Pada tahun 2008 umat Islam di Indonesia patut berbangga pada tahun yang dimaksud, pemerintah mengundangkan Undang-Undang Nomor 19 tahun 2008 tentang Surat Berharga Syariah Nasional dan Undang-Undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah. Kedua undang-undang ini memuat ketentuan hukum perjanjian Islam dalam konteks aplikasinya dalam operasional lembaga keuangan dan perbankan. Kedua undang-undang tersebut juga kemudian telah diikuti oleh peraturan pelaksana antara lain Peraturan pemerintah Nomor 56 tahun 2008 tentang Perusahaan Penerbit Surat Berharga Syariah Negara dan Peraturan Bank Indonesia Nomor 10/16/PBI/2008 tentang Perubahan atas Peraturan Bank Indonesia Nomor 9/19/PBI/2007 tentang Pelaksanaan Prinsip Syariah Dalam Kegiatan Penghimpunan Dana dan Penyaluran Dana serta Pelayanan Jasa Bank Syariah.

⁴ Bank Konvensional adalah bank yang dalam pengelolaan usahanya berdasarkan prinsip bunga (*interest based*).

⁵ Bank Syariah adalah bank yang dalam pengelolaan usahanya berdasarkan pada prinsip bagi hasil (*profit and loss sharing based*).

Hukum Akad dalam Islam dirasakan penting oleh masyarakat Indonesia, khususnya umat Islam. Mengingat melalui system hukum perjanjian Islam, akan melahirkan transaksi-transaksi bisnis yang terbebas dari unsure-unsur yang dilarang berupa perjudian, ketidakjelasan (*gharar*), suap-menyuap (*risywah*), bunga (*riba*) dan *bathil*. Dengan demikian melalui penerapan Hukum Perjanjian Islam diharapkan dapat lebih mendatangkan kemanfaatan bagi para pihak dan menjadikannya bebas dari unsure-unsur eksploitasi terhadap sesama.

Berdasarkan pada uraian diatas penulis berkeinginan untuk mengetahui dan mempelajari mengenai konsep-konsep Hukum Perjanjian Islam bagaimana pengaturannya dalam hukum positif dibandingkan dengan konsep Perjanjian menurut KUHPerdato yang merupakan alasan penulis mempunyai keinginan menyusun tesis yang berjudul **“PERBANDINGAN AKAD MENURUT HUKUM ISLAM DAN PERJANJIAN MENURUT KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM PERDATA”**.

B. Perumusan Masalah

Sehubungan dengan hal-hal yang telah dikemukakan diatas, merupakan dasar dalam permasalahan yang akan dibahas selanjutnya.

Adapun permasalahan yang akan dijadikan topik adalah :

1. Bagaimana perbandingan teori akad menurut hukum Islam dengan Perjanjian menurut KUHPerdato ?
2. Apa akibat hukum ketika terjadi pemutusan akad ? dan bagaimana penyelesaiannya jika terjadi sengketa?

C. Tujuan Penelitian

Sejalan dengan permasalahan yang dikemukakan dalam tulisan ini, maka tujuan penelitian ini dapat dirinci sebagai berikut :

1. Untuk mengetahui teori akad yg terdapat dalam Hukum Islam dengan perjanjian yg terdapat dalam KUHPerdara.
2. Untuk mengetahui akibat hukum dalam pemutusan akad dan proses penyelesaiannya.

D. Manfaat Penelitian

Manfaat Penelitian yang diharapkan dalam penulisan ini, yaitu sebagai berikut :

1. Dapat memberikan masukan bagi perkembangan ilmu pengetahuan hukum khususnya hukum perikatan atau perjanjian, terhadap perkembangan zaman dan pesatnya perekonomian membuat masyarakat akan semakin memerlukan aturan-aturan yang lebih luas tentang suatu bentuk perjanjian.
2. Dapat mengetahui dan mempelajari konsep-konsep akad dalam hukum Islam, konsep perjanjian menurut KUHPerdara dan bagaimana pengaturannya dalam hukum positif.
3. Untuk mengetahui akibat hukum dari pemutusan akad dan bagaimana penyelesaiannya.

E. Kerangka Pemikiran

1. Tinjauan umum mengenai Akad menurut Hukum Islam

a. Pengertian Akad

Kata akad berasal dari kata *al-'aqd* , berarti mengikat, menyambung, atau menghubungkan. Sebagai suatu istilah Hukum Islam, ada beberapa definisi mengenai pengertian akad ini, menurut **Syamsul Anwar**, akad merupakan pertemuan ijab dan kabul sebagai

pernyataan kehendak dua pihak atau lebih untuk melahirkan suatu akibat hukum pada obyeknya.⁶

Definisi diatas memperlihatkan bahwa, *pertama* akad merupakan keterkaitan atau pertemuan ijab dan kabul yang berakibat timbulnya akibat hukum. *Kedua*, akad merupakan tindakan hukum dua pihak karena akad adalah pertemuan ijab yang mempresentasikan kehendak dari satu pihak dan kabul yang menyatakan kehendak dari pihak lain. *Ketiga*, tujuan akad adalah untuk melahirkan suatu akibat hukum.

Sementara itu **Ahmad Azhar Basyir**, memberikan definisi akad yaitu suatu perikatan antara ijab dan kabul dengan cara yang dibenarkan syarak yang menetapkan adanya akibat-akibat hukum pada obyeknya.⁷

Definisi lain dari akad menurut **Longman** adalah '*a tie or knot binding two parties together*'.⁸ Pengertian akad juga dapat dijumpai dalam Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah Pasal 1 angka 13 yaitu kesepakatan tertulis antara Bank Syariah atau Unit Usaha Syariah dan pihak lain yang memuat adanya hak dan kewajiban bagi masing-masing pihak sesuai dengan prinsip syariah.

b. Rukun Akad

Rukun adalah unsur-unsur yang membentuk sesuatu, sehingga sesuatu itu terwujud Karena adanya unsur-unsur tersebut yang membentuknya. Menurut ahli-ahli hukum islam kontemporer, rukun yang membentuk akad itu ada empat, yaitu:

1. para pihak yang membuat akad (al aqidan)
2. pernyataan kehendak para pihak (sighatu al akad)

⁶ Syamsul Anwar, 2010, *Hukum Perjanjian Syariah*, Jakarta, PT.Raja Grafindo Persada, hal 68.

⁷ Ahmad Azhar Basyir, 2000, *Asas-Asas Hukum Muamalat (Hukum Perdata Islam)*, Yogyakarta : UII Press, hal 65.

⁸ Longman, 2008, *Islamic Banking : A Practical Perspective*, (Malaysia : Pearson Malaysia), hal 43.

3. objek akad (mahallu al akad)
4. tujuan akad (maudhu al akad)

rukun yang disebut di atas harus ada untuk dapat terjadinya akad.

c. Syarat terbentuknya Akad

Masing-masing rukun (unsur) yang membentuk akad di atas memerlukan syarat-syarat agar unsure (rukun) itu dapat berfungsi membentuk akad. Tanpa adanya syarat-syarat yang dimaksud, rukun tidak dapat membentuk akad. Syarat-syarat yang terkait dengan rukun akad adalah sebagai berikut:⁹

1. Tamyiz
2. Berbilang pihak (at ta'addud)
3. Persetujuan ijab dan Kabul (kesepakatan)
4. Kesatuan majlis akad
5. Objek akad dapat diserahkan
6. Objek akad tertentu dapat ditentukan
7. Objek akad dapat ditransaksikan (artinya, berupa benda dan dapat dimiliki)
8. Tujuan akad tidakbertentangan dengan syara'.

Kedelapan syarat ini beserta rukun akad yang disebutkan terdahulu dinamakan pokok (*al-asal*). Apabila pokok in tidak terpenuhi, maka tidakterjadi akad dalam pengertian bahwa akad tidakmemiliki wujud yuridis syari' apapun. Akad semacam ini disebut akad bathil.

d. Asas-Asas Akad menurut Hukum Islam

Sebagaimana dalam hukum perjanjian menurut KUHPerdara yang mengenal asas kebebasan berkontrak, asas personalitas, dan asas itikad baik, dalam konteks hukum islam juga mengenal asas-asas hukum perjanjian. Adapun asas-asas itu adalah sebagai berikut¹⁰ :

⁹ Abdul Ghofur Ansori, *Kapita Selekta Hukum Perbankan Syariah di Indonesia*, UII Press, hal 207.

¹⁰ Ahmad Azhar Basyir, *Loc.Cit* , hal 149.

1. *Al-Hurriyah* (Asas Kebebasan)

Asas ini merupakan prinsip dasar dalam hukum perjanjian Islam, dalam artian para pihak bebas membuat suatu perjanjian atau akad. Asas kebebasan berkontrak ini tidak boleh ada unsur paksaan, kekhilafan, dan penipuan.

2. *Al-Musawah* (Asas Persamaan atau kesetaraan)

Asas ini mengandung pengertian bahwa para pihak mempunyai kedudukan yang sama dalam menentukan term and condition dari suatu akad.

3. *Al-'Adalah* (Asas Keadilan)

Pelaksanaan asas ini dalam suatu akad menuntut para pihak untuk melakukan yang benar dalam pengungkapan kehendak dan keadaan, memenuhi semua kewajibannya.

4. *Al-Ridha* (Asas Kerelaan)

Asas ini menyatakan bahwa segala transaksi yang dilakukan harus ada dasar kerelaan antara masing-masing pihak, harus didasarkan pada kesepakatan bebas dari para pihak.

Terkait dengan hukum perjanjian ini, yakni adanya penyelesaian sengketa bisnis syariah. Penyelesaian sengketa dimaksud termasuk dalam ranah hukum perjanjian sehingga asas-asas hukum perjanjian berlaku pula didalamnya, antara lain yakni asas kebebasan berkontrak. Dalam penyelesaian sengketa intinya adalah bahwa para pihak bebas memilih mekanisme dan forum untuk penyelesaian sengketa yang terjadi. Mediasi perbankan, Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS), dan peradilan agama dapat menjadi alternatif penyelesaian sengketa bagi para pihak. Disamping itu adanya perkembangan yang luar biasa dibidang teknologi informasi dan komunikasi harus menjadi perhatian, sehingga

segala transaksi melalui media tersebut tetap sesuai dan berdasar pada prinsip-prinsip syariah.

2. Tinjauan umum mengenai Perjanjian menurut KUHPerdata

a. Pengertian Perjanjian

Perjanjian merupakan perwujudan dari sebuah perikatan. Suatu perjanjian diartikan sebagai suatu peristiwa dimana seorang berjanji kepada seorang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal, sehingga dapat disimpulkan perjanjian akan menimbulkan perikatan antara para pihak yang membuat perjanjian. Dengan kata lain perikatan adalah pengertian abstrak, sedangkan perjanjian adalah suatu hal yang kongkrit atau sesuatu peristiwa.¹¹

Batasan perjanjian diatur dalam Pasal 1313 Kitab Undang-undang Hukum Perdata yang berbunyi: "Suatu persetujuan adalah suatu perbuatan dimana satu orang atau lebih mengikatkan diri terhadap satu orang lain atau lebih." Suatu perjanjian juga dinamakan persetujuan, karena dua pihak itu setuju untuk melaksanakan sesuatu. Dapat dikatakan bahwa dua perkataan (perjanjian dan persetujuan) itu adalah sama artinya.¹²

Batasan di atas oleh para kalangan dikatakan kurang lengkap dan bahkan dikatakan terlalu luas karena mengandung kelemahan-kelemahan. Adapun kelemahan-kelemahan tersebut antara lain:

- 1) Hanya menyangkut perjanjian sepihak saja.
- 2) Kata perbuatan mencakup juga tanpa konsensus/ kesepakatan.¹³

Dari kedua hal tersebut di atas merupakan perbuatan yang tidak mengandung adanya konsesnsus atau tanpa adanya kehendak untuk

¹¹ Subekti, *Hukum Perjanjian*, (Jakarta: Intermasa, 2005), hal 3.

¹² *Ibid.* hal 5

¹³ Purwahid Patrik, *Dasar-dasar Hukum Perikatan (Perikatan yang lahir dari perjanjian dan dari UU)*, (Bandung : Mandar Maju, 1994), hal 45.

menimbulkan akibat hukum. Juga perbuatan itu sendiri pengertiannya sangat luas, karena sebetulnya maksud perbuatan yang ada dalam rumusan tersebut adalah perbuatan hukum, yaitu perbuatan yang menimbulkan akibat hukum.

b. Syarat sahnya perjanjian

Agar suatu perjanjian diakui oleh undang-undang, maka harus memenuhi syarat-syarat yang ditentukan oleh undang-undang. Adapun syarat-syarat sahnya suatu perjanjian ditentukan dalam Pasal 1320 KUH Perdata yang menyebutkan bahwa, " Untuk sahnya suatu perjanjian diperlukan empat syarat :"

- 1) Sepakat mereka yang mengikatkan diri
- 2) Kecakapan untuk membuat suatu perjanjian
- 3) Suatu hal tertentu
- 4) Suatu sebab yang halal

c. Asas Perjanjian

Menurut Rutten dalam Purwahid Patrik ada tiga asas hukum yang diatur dalam Pasal 1338 KUH Perdata, yaitu :¹⁴

- a. Asas konsensualitas, artinya bahwa perjanjian itu lahir karena adanya kata sepakat atau persesuaian kehendak dari para pihak.
- b. Asas kekuatan mengikat, artinya para pihak apabila telah memenuhi syarat sahnya perjanjian yang ditentukan dalam Pasal 1320 KUH Perdata, maka perjanjian tersebut mempunyai kekuatan yang mengikat bagi para pembuatnya. Sebagaimana yang disebutkan dalam Pasal 1338 KUH Perdata, bahwa perjanjian berlaku sebagai undang-undang bagi para pihak.

¹⁴ *Ibid.* hal 10

- c. Asas kebebasan berkontrak, artinya setiap orang bebas menentukan isi, berlakunya dan syarat-syarat perjanjian.

Atas dasar ketiga asas tersebut, yang terpenting adalah asas kebebasan berkontrak, karena adanya pernyataan dan ungkapan hak asasi manusia dalam mengadakan perjanjian. Dalam asas ini pula setiap orang bebas mengadakan suatu perjanjian apa saja baik perjanjian itu sudah diatur dalam undang-undang maupun belum diatur dalam undang-undang (menganut sistem terbuka). Hal ini dapat diketahui dalam Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata yang berbunyi : "semua persetujuan yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya".

Maksud dari pasal di atas, bahwa semua perjanjian itu dapat dibuat secara bebas menurut para pihak, kebebasan itu meliputi kebebasan untuk menentukan isi perjanjian, pelaksanaannya, syarat-syaratnya dan bebas menentukan bentuknya yaitu tertulis atau tidak tertulis, dan seterusnya. Perjanjian yang dibuat tersebut akan mengikat mereka yang membuat perjanjian.

Meskipun hukum perjanjian memberikan kebebasan yang seluas-luasnya kepada masyarakat untuk mengadakan perjanjian, tetapi ada batasannya yaitu sepanjang tidak melanggar ketertiban umum dan kesusilaan. Ketentuan tersebut diatur dalam Pasal 1337 KUH Perdata yang berbunyi : "suatu sebab adalah terlarang apabila dilarang oleh undang-undang, atau apabila berlawanan dengan kesusilaan atau ketertiban umum".

d. Subyek dan obyek Perjanjian

1. Subyek Perjanjian

Para pihak pada suatu perikatan atau perjanjian, disebut subyek hukum perikatan atau mperjanjian. Subyek hukum dalam perjanjian, yaitu kreditur dan debitur.

2. Obyek Perjanjian

Obyek perjanjian menurut Pasal 1234 KUH Perdata adalah prestasi yaitu debitur berkewajiban atas suatu prestasi dan kreditur berhak atas suatu prestasi. Wujud dari suatu prestasi adalah memberi sesuatu, berbuat sesuatu atau tidak berbuat sesuatu.

F. Metode Penelitian

Tesis sebagai suatu karya ilmiah membutuhkan data-data yang akan diolah dan dianalisis sebagai hasil dari sebuah penelitian. Supaya data yang diperlukan dalam penyusunan tesis dapat diperoleh dan memenuhi syarat baik secara kualitas maupun kuantitas, maka harus ditentukan terlebih dahulu metode penelitian yang sesuai.

Metode atau metodologi penelitian yang biasa dipakai dalam proposal dan/atau tesis hanyalah sebagai bagian dari proses penelitian, bahkan metodologi sendiri bermakna sebagai "kajian sistematis" atau "ilmu" tentang metoda, yaitu cara, praktek atau teknik. Metode Penelitian adalah merupakan fungsi dari permasalahan dan tujuan penelitian.¹⁵

Penelitian merupakan pencerminan secara konkret kegiatan ilmu dalam memproses pengetahuan. Metodologi Penelitian hukum pada hakikatnya merupakan operasionalisasi dari metode keilmuan hukum yang melatarbelakangi langkah-langkah dalam penelitian ilmiah.¹⁶

1. Pendekatan Masalah

¹⁵ Paulus Hadisuprpto, *Ilmu Hukum dan Pendekatannya*, Makalah FH Undip, Semarang 17 Januari 2006.

¹⁶ Jujun Suriasumantri, *Filsafat Ilmu Sebuah Pengantar Populer*, Jakarta : Sinar Harapan, 1985, hal 133.

Pendekatan masalah mengambil model pendekatan *Yuridis Normatif*, yaitu penelitian yang berdasarkan pada kaidah–kaidah hukum yang ada. Pendekatan yuridis adalah suatu pendekatan yang mengacu pada hukum dan peraturan perundang-undangan yang berlaku.¹⁷ Faktor–faktor yuridisnya adalah peraturan-peraturan atau norma norma-norma hukum yang berhubungan dengan buku-buku atau literatur-literatur yang digunakan untuk menyusun tesis ini berkisar pada hukum perjanjian sebagai disiplin ilmu hukum. Sedangkan pendekatan normatif adalah pendekatan yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder terhadap azas-azas hukum serta studi kasus yang dengan kata lain sering disebut sebagai penelitian hukum kepustakaan.¹⁸

2. Spesifikasi Penelitian

Spesifikasi penelitian ini adalah bersifat deskriptif-analitis. Penelitian ini melakukan analisis hanya sampai taraf deskripsi yaitu menganalisis dan menyajikan fakta secara sistematis sehingga lebih mudah untuk dipahami dan disimpulkan.¹⁹ Deskriptif dalam arti bahwa dalam penelitian ini penulis bermaksud untuk menggambarkan dan melaporkan secara rinci, sistematis dan menyeluruh mengenai segala sesuatu yang berkaitan dengan tinjauan yuridis teori akad menurut hukum islam dengan teori akad menurut KUHPerdota.

3. Sumber dan Jenis Data

¹⁷ Roni Hanitjo Soemitro, *Metodelogi Penelitian Hukum dan Jurimetri* (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1982), hal 20.

¹⁸ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif* (Jakarta: Rajawali, 1985), hal. 15.

¹⁹ Irawan Soehartono, *Metode Penelitian Sosial Suatu Teknik Penelitian Bidang Kesejahteraan Sosial Lainnya*, (Bandung : Remaja Rosda Karya, 1999) hal.63.

Secara umum jenis data yang diperlukan dalam suatu penelitian hukum terarah pada peneliian data primer dan data sekunder.²⁰ Adapun sumber dan jenis data yang dipergunakan dalam penelitian adalah sebagai berikut :

1. Data Primer

Data Primer adalah data yang diperoleh secara langsung dari sample dan responden melalui wawancara atau interview.²¹ Data tersebut diperoleh melaui narasumber yang merupakan penelitian lapangan (field research).

2. Data Sekunder

Data sekunder adalah data yang diperoleh melalui penelitian kepustakaan.²² Penelitian kepustakaan bertujuan untuk mengkasi, meneliti, dan menelusuri data-data sekunder mencakup bahan primer yaitu bahan-bahan hukum yang mengikat, bahan sekunder yaitu yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer, dan bahan tertier yakni bahan yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder.

Sebagai konsekuensi dari pemilihan pendekatan masalah secara yuridis normatif, maka jenis data yang akan digunakan adalah data sekunder. Data Sekunder adalah data yang berasal dari bahan-bahan hukum secara tertulis yang berupa :

- a. Bahan Hukum Primer adalah bahan hukum yang mempunyai kekuatan mengikat secara yuridis, antara lain :

²⁰ Kashadi, *Pedoman Penulisan Usulan Penelitian dan Tesis*, (Semarang : Program Studi Magister Kenotariatan Program Pascasarjana Universitas Diponegoro, 2009), hal.6.

²¹ Roni Hanitjo Soemitro, *Metode Penelitian Hukum dan Jurimetri*, (Jakarta : Ghalia Indonesia, 1990), hal.10.

²² Bambang Sunggono, *Metode Penelitian Hukum*, (Jakarta : Raja Grafindo Persada, 1997), hal.20.

1. Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata)
 2. Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa
 3. Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah
 4. Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah
 5. Al Quran
 6. Al Hadist
- b. Bahan Hukum Sekunder, yaitu bahan yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer, antara lain berupa hasil penelitian, artikel, buku-buku referensi, media informasi lainnya.
- c. Bahan hukum tersier, yaitu bahan hukum penunjang yang memberikan petunjuk dan penjelasan terhadap bahan hukum sekunder antara lain berupa kamus umum, kamus hukum, jurnal.²³

4. Teknik Pengumpulan Data

Penelitian dengan menggunakan metode yuridis normatif secara umum bersandar pada data sekunder (bahan hukum), sehingga metode pengumpulan data sebagian besar dilakukan dengan cara studi pustaka dan studi dokumen. Namun demikian peneliti selain menggunakan data sekunder juga mengadakan wawancara dengan pihak terkait namun hanya untuk memperoleh penjelasan dan bukan dijadikan sebagai sumber data.

5. Teknik Analisis Data

²³ Soerjono Soekanto dan Sri Mamuji, *Penelitian Hukum Normatif :suatu tinjauan singkat*, (Jakarta : Rajawali Press, 1990), hal 14-15.

Analisis data adalah merupakan sebuah proses mengurutkan data kedalam pola kategori, dan uraian dasar sehingga dapat ditemukan tema dan dapat dirumuskan hipotesis kerja seperti yang disarankan oleh data.²⁴

Metode Analisis Data menggunakan Analisis Data Kualitatif Normatif. Hal ini dilakukan untuk menemukan gejala, ciri-ciri dan fenomena dari munculnya pokok permasalahan. Kemudian hasil analisis tersebut diuraikan dengan cara deskriptif dan ditarik suatu kesimpulan yang disusun dalam Penulisan Hukum.

G. Sistematika Penulisan

Hasil penelitian ini selanjutnya dituangkan dalam bentuk Tesis, yang uraiannya disampaikan dalam bab-bab, dimana antara bab yang satu dengan bab yang lain merupakan satu kesatuan yang saling berhubungan dimana tiap bab masih terbagi lagi menjadi sub bab, hal ini dimaksudkan agar materi yang disampaikan lebih jelas dan mudah dipahami.

Bab I berisi tentang latar belakang penelitian, perumusan masalah, tujuan penelitian, manfaat penelitian, kerangka pemikiran, metode penelitian dan sistematika penulisan.

Bab II menguraikan tentang tinjauan pustaka yang pada intinya merupakan landasan teoritis untuk menganalisis masalah yang disajikan. Bab ini pada intinya berisi kerangka pemikiran atau teori-teori yang berkaitan dengan pokok permasalahan yang diteliti, akan tetapi bukan merupakan pembahasan terhadap masalah yang dirumuskan dalam bab pendahuluan.

²⁴ Lexi Melong, *Metode Penelitian Kualitatif*, (Remaja Rosdakarya, Bandung, 2002) hal.103

Bab III berisi tentang hasil penelitian dan pembahasan dari semua data yang diperoleh di lapangan dan dibahas dengan menggunakan landasan teoritis dari bab kedua atau bab tinjauan pustaka sebagai bahan analisa serta difokuskan pada pokok permasalahannya.

Bab IV adalah penutup dan terbagi dalam dua sub bagian yaitu kesimpulan dan saran. Kesimpulan merupakan intisari hasil penelitian dan pembahasan atau dengan kata lain kesimpulan merupakan jawaban bagi permasalahan yang dirumuskan, uraian dari kesimpulan, diarahkan dan disusun menurut urutan permasalahan. Dari kesimpulan itu dicoba diberikan saran sebagai upaya yang dapat di tempuh atau tindak lanjut dari penelitian yang dimaksud.

DAFTAR PUSTAKA

LAMPIRAN

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Akad Menurut Hukum Islam

1. Pengertian Akad

Secara etimologis perjanjian dalam bahasa Arab diistilahkan dengan *Mu'ahadah Ittifa'*, atau akad. Dalam Bahasa Indonesia dikenal dengan kontrak, perjanjian atau persetujuan yang artinya adalah suatu perbuatan dimana seseorang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap seseorang lain atau lebih.²⁵

Dalam Al-Qur'an sendiri setidaknya ada 2 (dua) istilah yang berkaitan dengan perjanjian²⁶, yaitu kata akad (*al-aqadu*) dan kata *'ahd* (*al-'ahdu*), Al-Qur'an memakai kata pertama dalam arti perikatan atau perjanjian²⁷, sedangkan kata yang kedua dalam Al-Qur'an berarti masa, pesan, penyempurnaan dan janji atau perjanjian.²⁸

Dengan demikian istilah akad dapat disamakan dengan istilah perikatan atau *verbinten*, sedangkan kata *Al-'ahdu* dapat dikatakan sama dengan istilah perjanjian atau *overeenkomst*, yang dapat diartikan sebagai suatu pernyataan dari seseorang untuk mengerjakan atau tidak mengerjakan sesuatu, dan tidak ada sangkut-pautnya dengan kemauan pihak lain. Janji hanya mengikat bagi orang yang bersangkutan, sebagaimana yang telah diisyaratkan dalam Al-Qur'an Surat Ali Imran ayat 76.²⁹

Rumusan akad diatas mengindikasikan bahwa perjanjian harus merupakan perjanjian kedua belah pihak yang bertujuan untuk saling mengikatkan diri tentang perbuatan yang akan dilakukan dalam suatu hal yang khusus setelah akad secara efektif mulai diberlakukan.

²⁵ Chairuman Pasaribu dan Suhrawadi K. Lubis, 2004, *Hukum Perjanjian Dalam Islam*, Jakarta : Sinar Grafika, hal .1.

²⁶ Mariam Darus Badruzaman, 2001, *Kompilasi Hukum Perikatan*, Bandung : PT.Citra Aditya Bakti, hal.247.

²⁷ Lihat Al-Qur'an Surat Al-Maidah ayat 1.

²⁸ Lihat Al-Qur'an Surat An-Nahl ayat 91 dan Al'Isra' ayat 34.

²⁹ Fathurahman Djamil, 2001, *Hukum Perjanjian Syariah dalam Kompilasi Hukum Perikatan*, Bandung: PT.Citra Aditya Bakti, hal.248.

Dengan demikian akad diwujudkan dalam *ijab* dan *qabul* yang menunjukkan adanya kesukarelaan secara timbale balik terhadap perikatan yang dilakukan oleh kedua belah pihak yang harus sesuai dengan kehendak syariat. Artinya bahwa seluruh perikatan yang diperjanjikan oleh kedua belah pihak atau lebih baru dianggap sah apabila secara keseluruhan tidak bertentangan dengan syariat Islam. Dengan adanya *ijab qabul* yang didasarkan pada ketentuan syariat, maka suatu akad akan menimbulkan akibat hukum pada obyek perikatan, yaitu terjadinya pemindahan kepemilikan atau pengalihan kemanfaatan dan seterusnya.

Dalam Islam ada pengertian lain yang memberikan gambaran lebih luas cakupannya dari pengertian yang tersebut diatas, yakni memasukkan pengertian akad sebagai tindakan orang yang berkehendak kuat dalam hati, meskipun dilakukan secara sepihak, seperti hibah, wasiat, wakaf, dan sebagainya. Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa akad adalah perjanjian yang menimbulkan kewajiban berprestasi pada salah satu pihak dan hak bagi pihak lain atas prestasi tersebut, dengan atau tanpa melakukan kontraprestasi. Kewajiban bagi salah satu pihak merupakan hak bagi pihak lain.

2. Keabsahan Akad Menurut Hukum Islam

Dalam ajaran Islam untuk sahnya suatu akad, harus dipenuhi rukun dan syarat dari suatu akad. Rukun adalah unsur yang mutlak harus dipenuhi dalam sesuatu hal, peristiwa dan tindakan. Sedangkan syarat adalah unsur yang harus ada untuk sesuatu hal, peristiwa, dan tindakan tersebut.³⁰ Rukun akad yang utama adalah *Ijab* dan *Qabul*. Syarat yang harus ada dalam rukun bisa menyangkut subyek dan obyek dari suatu perjanjian.

³⁰ *Ibid* hal. 78.

Akad memiliki tiga rukun, yaitu adanya dua orang atau lebih yang melakukan akad, obyek akad, dan lafazh (*Shighat*) akad. Pejelasanannya adalah sebagai berikut :³¹

a. Dua Pihak atau Lebih yang Melakukan Akad (Subyek Akad)

Dua orang atau lebih yang melakukan akad ini adalah dua orang atau lebih yang secara langsung terlibat dalam akad. Kedua belah pihak dipersyaratkan harus memiliki kelayakan untuk melakukan akad tersebut sehingga akad tersebut dianggap sah. Kelayakan terwujud dengan beberapa hal berikut :

1. Kemampuan membedakan yang baik dan yang buruk. Yakni apabila pihak-pihak tersebut sudah berakal dan akhir baligh dan tidak dalam keadaan tercekak. Orang yang tercekak karena dianggap idiot atau bangkrut total, tidak sah melakukan perjanjian.
2. Bebas memilih. Tidak sah akad yang dilakukan orang yang dibawah paksaan, kalau paksaan itu terbukti. Misalnya, orang yang berhutang dan perlu pengalihan hutangnya, atau orang yang bangkrut lalu dipaksa untuk menjual barangnya untuk menutupi hutangnya.
3. Akad itu dapat dianggap berlaku bila tidak terdapat *khiyar* (hak pilih). Seperti *khiyar syarath* (hak pilih menetapkan persyaratan), *khiyar ar-ru'yah* (hak pilih dalam melihat) dan sejenisnya.

b. Obyek Akad

Yakni barang yang dijual dalam akad jual-beli, atau sesuatu yang disewakan dalam akad sewa-menyewa. Dalam hal itu juga ada beberapa persyaratan sehingga akad tersebut sah, yakni sebagai berikut :

³¹ Shalah ash-Shawi & Abdullah al-Mushlih, 2008, *Fikih Ekonomi Keuangan Islam (terjemahan)*, Jakarta : Darul Haq, hal.27-28.

1. Barang tersebut harus suci atau meskipun najis, bisa dibersihkan. Oleh sebab itu, akad usaha ini tidak bias diberlakukan pada benda najis secara dzati, seperti bangkai. Atau benda yang terkena najis namun tidak mungkin dihilangkan najisnya, seperti cuka, susu, atau benda cair sejenis yang terkena najis.
2. Barang tersebut harus bisa digunakan dengan cara disyariatkan. Karena fungsi legal dari suatu komoditi menjadi dasar nilai harga komoditi tersebut. Segala komoditi yang tidak berguna seperti barang-barang rongsokan yang tidak dapat dimanfaatkan, atau bermanfaat tetapi untuk hal-hal yang diharamkan, seperti minuman keras dan sejenisnya, semuanya tidak dapat diperjualbelikan.
3. Komoditi harus bias diserahkan terimakan. Tidak sah menjual barang yang tidak ada, atau ada tapi tidak bias diserahkan terimakan, karena yang demikian itu termasuk *gharar*, dan itu dilarang.
4. Barang yang dijual harus merupakan milik sempurna dari orang yang melakukan penjualan. Barang yang tidak bisa dimiliki tidak sah diperjualbelikan.
5. Harus diketahui wujudnya oleh orang yang melakukan akad jual beli bila merupakan barang-barang yang dijual langsung. Harus diketahui ukuran, jenis, dan kriterianya apabila barang-barang itu berada dalam kepemilikan namun tidak berada dilokasi transaksi.

c. Lafazh (Shighat) Akad

Yang dimaksud dengan pengucapan akad adalah ungkapan yang dilakukan oleh orang yang melakukan akad untuk menunjukkan keinginannya yang mengesankan bahwa akad itu harus mengandung serah terima (*Ijab-Qabul*). *Ijab* (ungkapan penyerahan barang) adalah

yang diungkapkan lebih dahulu dan *qabul* (penerimaan) diungkapkan kemudian.

Adapun syarat-syarat yang dipenuhi agar *Ijab* dan *Qabul* mempunyai akibat hukum :³²

1. *Ijab* dan *Qabul* harus dinyatakan oleh orang yang sekurang-kurangnya telah mencapai umur *tamyiz* yang menyadari dan mengetahui isi perkataan yang diucapkan sehingga ucapannya itu benar-benar menyatakan keinginan hatinya. Dengan kata lain dilakukan oleh orang yang cakap melakukan tindakan hukum.
2. *Ijab* dan *Qabul* harus tertuju pada suatu obyek yang merupakan obyek perjanjian.
3. *Ijab* dan *Qabul* harus berhubungan langsung dalam suatu majelis apabila dua belah pihak sama-sama hadir.

Jumhur ulama mengatakan bahwa *Ijab* dan *Qabul* merupakan salah satu unsur penting dalam suatu akad, disamping unsur-unsur lain yang juga termasuk rukun akad. Unsur-unsur tersebut terdiri dari :

- a. *Shighat al-aqad* (pernyataan untuk mengikat diri)
Adalah cara bagaimana pernyataan pengikatan diri itu dilakukan, maksudnya dalam hal pembuatan akad maka para pihak harus menyampaikan secara lisan/tertulis term and condition dari akad tersebut sehingga dapat menimbulkan akibat hukum, sebab maksud yang belum disampaikan kepada pihak lain tidak mempunyai alibat hukum sama sekali.
- b. *Al-Ma'qud alaih / mahal al' aqad* (obyek akad)
Obyek akad sangat tergantung dengan akad yang dibuat. Dalam akad jual-beli obyeknya bias berupa barang atau jasa, dalam sewa-menyewa obyeknya adalah manfaat

³² Ahmad Azhar Basyir, *Op cit*, hal.66.

dari barang yang disewakan dan uang sewa. Terkait dengan obyek perjanjian ini harus memenuhi persyaratan-persyaratan berupa telah ada pada waktu akad diadakan, dibenarkan oleh syara', dapat ditentukan dan diketahui, dan dapat diserahkan pada waktu akad terjadi.

- c. *Al –Muta'qidain / al'-aqidain* (pihak-pihak yang berakad)
Pihak-pihak yang berakad harus sama-sama mempunyai kecakapan melakukan tindakan hukum dalam artian sudah dewasa dan sehat akalnya. Sedangkan jika perjanjian dibuat oleh orang yang tidak mempunyai kecakapan, misalnya melibatkan anak-anak maka ia harus diwakili oleh walinya. Dan untuk menjadi wali harus memenuhi persyaratan dalam hal kecakapan untuk menjalankan tugas secara sempurna, persamaan pandangan (agama) antara wali dan yang diwakilinya, adil, amanah, dan mampu menjaga kepentingan orang yang berada dalam pewaliannya.
- d. *Maudhu' al'aqd* (tujuan akad)
Menurut ulama fikih, tujuan dari suatu akad harus sejalan dengan kehendak syara', sehingga apabila tujuannya adalah bertentangan dengan syara' maka berakibat pada ketidakabsahan dari perjanjian yang dibuat. Tujuan harus ada pada saat akan diadakan, dapat berlangsung hingga berakhirnya akad, dan harus dibenarkan oleh syara'.

3. Asas-Asas Aqad dalam Hukum Islam

Sebagaimana dalam hukum perjanjian menurut KUHPerdara yang mengenal asas kebebasan berkontrak, asas personalitas, dan

asas itikad baik, dalam konteks hukum islam juga mengenal asas-asas hukum perjanjian. Adapun asas-asas itu adalah sebagai berikut³³ :

5. *Al-Hurriyah* (Asas Kebebasan)

Asas ini merupakan prinsip dasar dalam hukum perjanjian Islam, dalam artian para pihak bebas membuat suatu perjanjian atau akad. Asas kebebasan berkontrak ini tidak boleh ada unsur paksaan, kekhilafan, dan penipuan. Dasar hukum mengenai asas ini tertuang dalam *Al-Qur'an* Surat *Al-Baqarah* ayat 256, yang artinya sebagai berikut :

"Tidak ada paksaan untuk (memasuki) agama (Islam), sesungguhnya telah jelas jalan yang benar daripada jalan yang sesat...."

6. *Al-Musawah* (Asas Persamaan atau kesetaraan)

Asas ini mengandung pengertian bahwa para pihak mempunyai kedudukan yang sama dalam menentukan term and condition dari suatu akad. Dasar Hukum mengenai asas persamaan ini tertuang dalam ketentuan *Al-Qur'an* Surat *Al-Hujurat* ayat 13 yang artinya sebagai berikut :

"Hai manusia, sesungguhnya Kami menciptakan kamu dari seorang laki-laki dan seorang perempuan dan menjadikan kamu berbangsa-bangsa dan bersuku-suku supaya kamu saling mengenal. Sesungguhnya orang yang paling mulia diantara kamu disisi Allah ialah orang yang paling bertaqwa diantara kamu. Sesungguhnya Allah Maha Mengetahui lagi Maha Mengenal."

7. *Al-'Adalah* (Asas Keadilan)

Pelaksanaan asas ini dalam suatu akad menuntut para pihak untuk melakukan yang benar dalam pengungkapan kehendak dan keadaan, memenuhi semua kewajibannya.

8. *Al-Ridha* (Asas Kerelaan)

³³ *Ibid*.hal. 78.

Asas ini menyatakan bahwa segala transaksi yang dilakukan harus ada dasar kerelaan antara masing-masing pihak, harus didasarkan pada kesepakatan bebas dari para pihak.

Dasar hukum adanya asas kerelaan dalam pembuatan akad dapat dibaca dalam *Al-Qur'an* Surat *An-Nisa* ayat 29, yang artinya sebagai berikut :

“Hai orang-orang yang beriman, janganlah kamu saling memakan harta sesamamu dengan jalan yang batil, kecuali dengan jalan perniagaan yang berlaku dengan suka sama suka diantara kamu. Dan janganlah kamu membunuh dirimu, sesungguhnya Allah adalah Maha Penyayang kepadamu.”

9. *Ash – Shidq* (Asas Kebenaran dan Kejujuran)

Bahwa dalam Islam setiap orang dilarang melakukan kebohongan dan penipuan, karena dengan adanya penipuan/kebohongan sangat berpengaruh dalam keabsahan akad. Akad yang didalamnya mengandung unsur kebohongan/penipuan, memberikan hak kepada pihak lain untuk menghentikan proses pelaksanaan akad tersebut.

Dasar hukum mengenai asas *Ash-Shidiq*, dapat dibaca dalam *Al-Qur'an* Surat *Al-Ahzab* ayat 70, yang artinya adalah sebagai berikut :

“Hai orang-orang yang beriman, bertakwalah kamu kepada Allah dan katakanlah perkataan yang benar.”

Bahwa setiap muslim wajib berkata benar, terlebih dalam melakukan perjanjian dengan pihak lain, sehingga faktor kepercayaan menjadi suatu yang esensial demi terlaksananya suatu akad.

10. *Al-Kitabah* (Tertulis)

Bahwa setiap akad hendaknya dibuat secara tertulis, lebih berkaitan demi kepentingan pembuktian jika dikemudian hari

terjadi sengketa. Dalam *Al-Qur'an* Surat *Al-Baqarah* Ayat 282-283 mengisyaratkan agar akad yang dilakukan benar-benar berada dalam kebaikan bagi semua pihak. Bahkan juga didalam pembuatan akad hendaknya juga disertai adanya saksi-saksi (syahadah), dan prinsip tanggung jawab individu.

4. Subyek dan Obyek Akad

Subyek akad

Subyek akad (*Al-aqdain*) adalah pihak yang melakukan akad sebagai pelaku suatu tindakan hukum tertentu. Pelaku suatu tindakan hukum tertentu sering diartikan sebagai pengemban hak dan kewajiban, antara lain :

- a. Manusia sebagai subyek akad adalah pihak yang sudah dapat dibebani hukum atau disebut sebagai *mukallaf*, yaitu orang yang telah mampu bertindak secara hukum, baik yang berhubungan dengan Tuhan maupun dalam kehidupan sosial.
- b. Badan hukum adalah badan yang dapat bertindak dalam hukum dan yang mempunyai hak dan kewajiban terhadap orang lain atau badan lain. Dalam Islam badan hukum tidak diatur secara khusus, namun terlihat dari beberapa dalil yang menunjukkan adanya badan hukum dengan menggunakan istilah *al-Syirkah*.

Obyek akad

Dalam semua system hukum, adalah wajar sekali karena obyek tersebut yang menjadi sasaran yang hendak dicapai oleh para pihak melalui penutupan akad. Apabila tidak ada obyek, tentu akadnya menjadi sia-sia. Tidak mungkin para pihak dapat melaksanakan prestasinya bilamana obyek itu tidak ada dan tidak jelas.

Dalam hukum Islam, obyek akad yang dimaksudkan sebagai suatu hal yang karenanya akad dibuat dan berlaku akibat hukumnya. Obyek akad dapat berupa benda, manfaat benda, jasa atau pekerjaan, atau sesuatu yang lain yang tidak bertentangan dengan Syariah. Benda meliputi benda bergerak dan tidak bergerak maupun benda berbadan dan tidak berbadan.

5. Berakhirnya Akad

Dalam Hukum Islam, akad yang dibuat oleh para pihak akan berakhir jika dipenuhi tiga hal sebagai berikut :

1. Berakhirnya masa berlaku akad

Biasanya dalam sebuah perjanjian telah ditentukan saat kapan suatu perjanjian akan berakhir, sehingga dengan lampaunya waktu maka secara otomatis perjanjian akan berakhir, kecuali kemudian ditentukan lain oleh para pihak.

2. Dibatalkan oleh pihak-pihak yang berakad

Hal ini biasanya terjadi jika ada salah satu pihak yang melanggar ketentuan perjanjian, atau salah satu pihak mengetahui jika dalam pembuatan perjanjian itu terdapat unsur kekhilafan atau penipuan. Kekhilafan ini bias menyangkut obyek perjanjian (*error in objecto*) maupun bisa menyangkut subyek (*error in persona*).

3. Salah satu pihak yang berakad meninggal dunia

Hal ini berlaku pada perikatan untuk berbuat sesuatu, yang membutuhkan adanya kompetensi khas. Sedangkan jika perjanjian dibuat dalam hal memberikan sesuatu, katakanlah dalam bentuk uang atau barang, maka perjanjian tetap berlaku bagi ahli warisnya. Sebagai contoh ketika orang yang membuat perjanjian pinjam uang, kemudian meninggal, maka kewajiban untuk mengembalikan hutang menjadi tanggung jawab ahli waris.

6.Prestasi, Keadaan Memaksa, dan Ingkar Janji Akad

a. Prestasi Akad

Maudhu'u al-Aqdi adalah tujuan akad atau maksud pokok mengadakan akad atau dalam istilah hukum perikatan disebut *Prestasi*. Tujuan ini sesuai dengan jenis akadnya seperti tujuan dalam jual beli (*buyu'/bai'*) adalah menyerahkan barang dari penjual kepada pembeli dengan gantu/bayaran (*iwadh*) dan pada akad sewa (*Ijarah*) adalah memberikan manfaat dengan ganti (*Iwadh*).

Dalam KUHPerdara hal ini merupakan suatu prestasi (hal yang dapat dituntut oleh satu pihak kepada pihak lainnya), yang dirumuskan dengan menyerahkan barang, melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu. Syarat-syarat dari tujuan akad atau prestasi, yaitu :

1. Baru ada pada saat dilaksanakan akad
2. Berlangsung adanya hingga berakhirnya akad
3. Tujuan akad harus dibenarkan syara'.

b. Keadaan Memaksa

Keadaan memaksa atau darurat adalah keadaan dimana salah satu pihak yang mengadakan akad terhalang untuk melaksanakan prestasinya.

Syarat keadaan memaksa atau darurat adalah :

1. Peristiwa yang menyebabkan terjadinya darurat tersebut tidak terduga oleh para pihak;
2. Peristiwa tersebut tidak dapat dipertanggung jawabkan kepada pihak yang harus melaksanakan prestasi;
3. Peristiwa yang menyebabkan darurat tersebut di luar kesalahan pihak yang harus melakukan prestasi;
4. Pihak yang harus melakukan prestasi tidak dalam keadaan beritikad buruk.

c. Ingkar Janji dan Sanksi

Pihak yang dianggap melakukan ingkar janji, apabila karena kesalahannya :

- a. Tidak melakukan apa yang dijanjikan untuk melakukannya;
- b. Melaksanakan apa yang dijanjikannya, tetapi tidak sebagaimana dijanjikan;
- c. Melakukan apa yang dijanjikannya, tetapi terlambat; atau
- d. Melakukan sesuatu yang menurut perjanjian tidak boleh dilakukan.

Pihak dalam akad melakukan ingkar janji, apabila dengan surat perintah atau dengan sebuah akta sejenis itu telah dinyatakan ingkar janji atau demi perjanjiannya sendiri menetapkan, bahwa pihak dalam akad harus dianggap ingkar janji dengan lewatnya waktu yang ditentukan.

Pihak dalam akad yang melakukan ingkar janji dapat dijatuhi sanksi :

- a. Membayar ganti rugi;
- b. Pembatalan akad
- c. Peralihan resiko
- d. Denda; dan/atau
- e. Membayar biaya perkara

Sanksi pembayaran ganti rugi dapat dijatuhkan apabila :

- a. Pihak yang melakukan ingkar janji setelah dinyatakan ingkar janji, tetap melakukan ingkar janji;
- b. Sesuatu yang harus diberikan atau dibuatnya, hanya dapat diberikan atau dibuat dalam tenggang waktu yang telah dilampaukannya;
- c. Pihak yang melakukan ingkar janji tidak dapat membuktikan bahwa perbuatan ingkar janji yang dilakukannya tidak dibawah paksaan.

Kewajiban beban kerugian yang disebabkan oleh kejadian di luar kesalahan salah satu pihak dalam akad, dalam perjanjian sepihak dipikul oleh pihak peminjam. Kewajiban beban kerugian yang disebabkan

oleh kejadian di luar kesalahan salah satu pihak dalam perjanjian timbale balik, dipikul oleh pihak yang meminjamkan.

B. Perjanjian Menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Perdata)

1. Pengertian Perjanjian

Perjanjian merupakan salah satu sumber dari hukum perikatan. Berdasarkan ketentuan pasal 1233 KUHPerdata disebutkan bahwa sumber dari perikatan adalah perjanjian dan undang-undang. Vollmar, Pitlo, H. Drion dan Meyers dalam ajaran umumnya menyatakan bahwa tidak ada pertentangan (*tegenstelling*) yang hakiki antara perikatan yang bersumber dari perjanjian dan perikatan yang bersumber dari undang-undang. Sebab pada akhirnya selalu undang-undang yang memberi sanksinya. Namun, sumber perikatan yang terpenting adalah perjanjian, sebab melalui perjanjian pihak-pihak mempunyai kebebasan untuk membuat segala macam perikatan, baik perikatan yang bernama yang tercantum dalam title V s.d. XVII Buku III KUHPerdata maupun perikatan yang tidak bernama. Hal ini sesuai dengan asas kebebasan berkontran (*contract vrijheid*) sebagai salah satu asas yang menjadi dasar lembaga-lembaga hukum yang disebutkan pada title V s.d. XVII sebagai perjanjian bernama, juga menjadi dasar lembaga-lembaga hukum yang tidak disebutkan di dalam title-titel itu sebagai perjanjian yang tidak bernama.³⁴

Istilah dan batasan perjanjian atau persetujuan telah tersirat dalam Pasal 1313 KUHPerdata yaitu: *Suatu persetujuan adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan diri terhadap satu orang lain atau lebih*. Mengenai batasan tersebut ternyata para sarjana hukum perdata umumnya berpendapat bahwa batasan atau pengertian atau dapat juga disebut rumusan perjanjian

³⁴ Riduan Syahrani, *Seluk-Beluk dan Asas-Asas Hukum Perdata*. (Bandung: Alumni, 2004) hal.203.

yang terdapat di dalam ketentuan Pasal 1313 KUHPerdara menunjukkan kurang lengkapnya dan bahkan dikatakan terlalu luas banyak mengandung kelemahan. Adapun kelemahan tersebut dapatlah diperinci:³⁵

- a. Hanya menyangkut perjanjian sepihak saja
- b. Mencakup juga perbuatan tanpa konsensus/kesepakatan.
- c. Perjanjian terlalu luas
- d. Tanpa menyebutkan tujuan.

Berdasarkan alasan yang dikemukakan di atas maka perlu dirumuskan kembali apa yang dimaksud dengan perjanjian itu. Beberapa sarjana hukum yang memberikan definisi mengenai perjanjian adalah:

- a. Menurut Salim, H.S, perjanjian adalah hubungan antara subjek hukum yang satu dengan subjek hukum yang lain dalam bidang harta kekayaan, di mana subjek hukum yang satu berhak atas prestasi dan begitu juga subjek hukum yang lain berkewajiban untuk melaksanakan prestasinya sesuai dengan yang telah disepakatinya.³⁶
- b. Menurut Subekti, perjanjian adalah suatu peristiwa dimana seseorang berjanji kepada orang lain atau dimana orang lain saling berjanji untuk melaksanakan suatu hal.³⁷
- c. Menurut R. Wiryo Prodjodikoro perjanjian adalah suatu perhubungan hukum mengenai harta benda antar dua pihak, dalam mana satu pihak berjanji atau dianggap berjanji untuk melakukan suatu hal atau untuk tidak melakukan suatu hal, sedang pihak lain berhak menuntut pelaksanaan janji itu.³⁸
- d. Menurut Abdulkadir Muhammad, perjanjian adalah suatu persetujuan dengan mana dua orang atau lebih saling

³⁵ Achmad, Busro, *Hukum Perikatan Berdasar Buku III KUH Perdata*. (Yogyakarta: Pohon Cahaya, 2011) hal.87-90.

³⁶ Salim, H.S, *Hukum Kontrak*. (Jakarta: Sinar Grafika, 2008) hal.27.

³⁷ R. Subekti, *Hukum Perjanjian* (Jakarta: Intermasa, Cet XV, 1994) hal.1.

³⁸ R. Wiryo Prodjodikoro, *Asas-Asas Hukum Perjanjian* (Jakarta: Sumur Bandung, Cet X, 2000), hal.9.

mengikatkan diri untuk melaksanakan suatu hal dalam lapangan harta kekayaan.³⁹

Hukum kekayaan yang dimaksud dalam buku III KUHPerdara adalah hukum yang mengatur hak-hak kekayaan yang relative, yaitu hak-hak kekayaan yang mempunyai nilai ekonomis.

Selanjutnya untuk adanya suatu perjanjian dapat diwujudkan dalam dua bentuk yaitu perjanjian yang dilakukan dengan tertulis dan perjanjian yang dilakukan cukup secara lisan, secara tertulis dapat dengan akta otentik dan dapat pula akta dibawah tangan.

Apabila memperhatikan perumusan perjanjian tersebut di atas, dapatlah disimpulkan bahwa unsur dari perjanjian meliputi, sebagai berikut:

- a. Adanya pihak-pihak sedikitnya dua orang
- b. Adanya persetujuan antara pihak-pihak tersebut
- c. Adanya tujuan yang akan dicapai
- d. Adanya prestasi yang akan dilaksanakan
- e. Adanya bentuk tertentu, baik lisan maupun tertulis
- f. Adanya syarat tertentu, sebagai isi perjanjian.

2. Syarat-Syarat Sahnya Perjanjian

Syarat-syarat sahnya perjanjian menjadi landasan dari konstruksi berpikir para pihak ketika menyusun sebuah kontrak supaya kontrak tersebut tidak menjadi batal demi hukum atau dapat dibatalkan. Perjanjian dapat dikatakan sah dan mempunyai kekuatan hukum apabila telah memenuhi syarat-syarat sahnya perjanjian yang telah ditentukan oleh Undang-Undang. Dalam hal ini adalah Pasal 1320 KUHPerdara, yang menentukan bahwa syarat-syarat sahnya perjanjian adalah:

- a. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya

³⁹ Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perikatan*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1990) hal.78.

Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya mengandung makna bahwa para pihak membuat perjanjian telah sepakat atau ada persesuaian kemauan atau saling menyetujui kehendak masing-masing, yang dilahirkan oleh para pihak dengan tidak ada paksaan, kekeliruan dan penipuan.⁴⁰ Hal tersebut merupakan cacat kehendak sebagaimana yang diatur dalam Pasal 1321 KUHPerdara. Dalam perkembangannya terdapat doktrin tentang Penyalahgunaan Keadaan (*Undue Influence*) sebagai cacat kehendak yang keempat di luar ketentuan Pasal 1321 KUHPerdara tersebut.

b. Cakap untuk membuat suatu perjanjian

Cakap (*bekwaam*) merupakan syarat umum untuk dapat melakukan perbuatan hukum secara sah. Dalam 1329 KUHPerdara disebutkan bahwa “*setiap orang adalah cakap untuk membuat perikatan-perikatan, jika oleh undang-undang tidak dinyatakan tidak cakap*. Selanjutnya dalam Pasal 1330 KUHPerdara menjelaskan bahwa kriteria orang yang tidak cakap adalah:

- 1) Orang-orang yang belum dewasa, yaitu orang yang belum kawin dan belum berumur 21 tahun. Seorang anak yang belum dewasa harus diwakili oleh orang tua atau walinya untuk membuat suatu perjanjian.
- 2) Mereka yang ditaruh di bawah pengampuan Orang yang dibawah pengampuan yaitu orang yang sudah dewasa tapi tidak mampu karena pemabuk, gila, pemboros. Orang yang telah ditaruh dibawah pengampuan harus diwakili oleh pengampu untuk membuat suatu perjanjian;
- 3) Orang-orang perempuan, (telah dicabut dan dinyatakan tidak berlaku lagi dengan Surat Edaran Mahkamah Agung Nomor 3 Tahun 1963).

c. Suatu hal tertentu

Dalam Pasal 1333 KUHPerdara menyatakan bahwa suatu perjanjian harus mempunyai sebagai pokok suatu barang yang paling sedikit ditentukan jenisnya. Artinya suatu perjanjian harus mempunyai

⁴⁰ Syahrani, Riduan. 2004. *Op.cit.* hal.205-206.

sesuatu yang dijadikan sebagai objek dalam perjanjian tersebut. Objek perjanjian dapat berupa benda ataupun suatu kepentingan yang melekat pada benda. Apa saja yang menjadi objek dari yang diperjanjikan harus disebut secara jelas. Selain itu juga berdasarkan Pasal 1334 KUHPerdara bahwa *barang-barang baru akan ada di kemudian hari dapat menjadi pokok suatu perjanjian*. Artinya bukan hanya barang yang telah ada saja yang menjadi objek dari perjanjian, tetapi juga dapat pula barang yang akan ada setelah perjanjian dibuat.

d. Suatu sebab yang halal

Sebab disini dimaksudkan sebagai kehendak atau tujuan dibuatnya perjanjian. Dalam pasal 1335 KUHPerdara disebutkan bahwa *suatu perjanjian tanpa sebab, atau yang telah dibuat karena suatu sebab palsu atau terlarang, tidak mempunyai kekuatan mengikat*. Selanjutnya dalam Pasal 1337 KUHPerdara disebutkan bahwa *suatu sebab adalah terlarang apabila dilarang oleh undang-undang, atau apabila bertentangan dengan kesusilaan baik atau ketertiban umum*.

Keempat syarat sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1320 KUHPerdara dapat dikelompokkan menjadi dua bagian, yaitu *Pertama* merupakan syarat subjektif, yaitu suatu syarat yang menyangkut pada subjek-subjek perjanjian itu, atau dengan kata lain syarat-syarat yang harus dipenuhi oleh subjek yang membuat perjanjian, yang meliputi kesepakatan mereka yang mengikatkan diri dan kecakapan mereka untuk membuat perjanjian itu. Perjanjian yang tidak memenuhi syarat subjektif akan membawa akibat dapat dibatalkan oleh para pihak yang merasa dirugikan (*veitigbaar*). Artinya selama pihak yang dirugikan tidak mengajukan gugatan pembatalan, maka perjanjian yang dibuat tetap berlaku dan mengikat para pihak. *Kedua* merupakan syarat objektif, yaitu syarat yang menyangkut objek perjanjian, yaitu hal tertentu dan sebab yang halal. Apabila syarat objektif tidak terpenuhi maka perjanjian tersebut batal demi hukum, dengan kata lain perjanjian tersebut sejak semula dianggap tidak pernah ada (*neitigbaar*).

3. Asas-Asas Perjanjian

a. Asas konsensualitas

Asas ini dikenal dengan asas terjadinya perjanjian. Dengan asas ini maka suatu perjanjian pada dasarnya sudah ada sejak tercapainya kata sepakat di antara para pihak dalam perjanjian tersebut. Asas konsensualisme yang terdapat dalam pasal 1320 KUH Perdata mengandung arti kemauan para pihak untuk saling mengikatkan diri dan kemauan ini membangkitkan kepercayaan bahwa perjanjian itu akan dipenuhi. Tidak dipenuhinya syarat konsensualisme dalam perjanjian menyebabkan perjanjian dapat dibatalkan, karena tidak memenuhi syarat subjektif.

Menurut asas konsensualitas, pada dasarnya perjanjian dan perikatan yang timbul karenanya itu sah dilahirkan sejak terciptanya kesepakatan, dengan kata lain perjanjian itu sudah sah apabila telah sepakat mengenai hal-hal yang pokok dan tidaklah perlu suatu formalitas.⁴¹ Akibatnya perjanjian yang terjadi karena kata sepakat tersebut merupakan perjanjian yang bebas bentuk, sehingga dapat berbentuk lisan maupun tertulis.

b. Asas Pacta Sunt Servanda

Asas ini berkenaan dengan asas berlakunya kontrak. Maksudnya bahwa semua kontrak yang dibuat secara sah, mengikat bagi mereka yang membuatnya. Jadi para pihak harus menghormati kontrak tersebut sebagaimana menghormati undang-undang. Apabila para pihak tidak melaksanakan kontrak akan mempunyai akibat seperti apabila mereka tidak melaksanakan undang-undang, yaitu adanya sanksi tertentu.

Asas ini pun dijumpai dalam Pasal 1338 ayat (1 dan 2) KUHPerdata, yaitu semua kontrak yang dibuat secara sah berlaku

⁴¹ R. Subekti, *Op.cit*, hal.15.

sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Perjanjian tidak dapat ditarik kembali secara sepihak. Tujuan asas ini adalah memberikan kepastian hukum bagi pihak-pihak yang membuat kontrak.

c. Asas itikad baik

Artinya bahwa setiap perjanjian harus sesuai dengan norma kepatutan, kesusilaan dan kejujuran, agar sesuai dengan tuntutan keadilan. Pada waktu melaksanakan kontrak harus diingat Pasal 1339 KUHPerdara yang menyatakan bahwa suatu kontrak tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dinyatakan dengan tegas dalam kontrak, tetapi juga harus diperhatikan segala sesuatu yang menurut sifat perjanjian, diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan atau undang-undang. Hal ini dipertegas lagi dengan Pasal 1347 KUHPerdara yang menyatakan bahwa hal-hal yang menurut kebiasaan selamanya diperjanjikan, dianggap secara diam-diam dimasukan dalam persetujuan, meskipun tidak tegas dinyatakan.

d. Asas kebebasan berkontrak

Asas ini dikenal dengan sebagai asas pembuatan perjanjian atau kekuatan mengikatnya perjanjian. Kebebasan berkontrak berarti kebebasan untuk memilih dan membuat kontrak, dan kebebasan untuk membuat dan tidak membuat kontrak, dan kebebasan para pihak untuk membuat isi dari janji mereka, dan kebebasan untuk memilih subjek perjanjian. Ridwan Khairandy menyatakan bahwa, kebebasan berkontrak dalam hukum kontrak memiliki makna kebebasan kontrak yang positif, di mana para pihak memiliki kebebasan untuk membuat kontrak yang mengikat yang mencerminkan kehendak bebas para pihak, dan kebebasan berkontrak negatif, yang bermakna bahwa para

pihak bebas dari suatu kewajiban sepanjang kontrak yang mengikat itu tidak mengatur.⁴²

Subekti mengatakan, bahwa suatu asas kebebasan membuat perjanjian, dalam KUHPerdara lazimnya disimpulkan dalam Pasal 1338 ayat (1), yang berbunyi: “*suatu perjanjian dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya*”. Dengan menekankan pada kata *semua*, maka pasal tersebut seolah-oleh berisikan suatu pernyataan kepada masyarakat bahwa kita diperbolehkan membuat perjanjian berupa dan berisi apa saja (tentang apa saja) dan perjanjian itu akan mengikat mereka yang membuatnya seperti suatu undang-undang.⁴³ Sedangkan Mariam Darus Badruzaman menyatakan, bahwa kata *semua* mengandung arti meliputi seluruh perjanjian, baik dikenal maupun tidak dikenal oleh undang-undang. Asas kebebasan berkontrak (*contractvrijheid*) berhubungan dengan isi perjanjian, yaitu kebebasan menentukan apa dan dengan siapa perjanjian itu diadakan.⁴⁴

Kebebasan berkontrak sebagaimana yang terdapat dalam Pasal 1338 KUHPerdara menegaskan bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Selain itu dalam Pasal 1332 KUHPerdara dapat disimpulkan bahwa yang menyangkut barang-barang yang bernilai ekonomis, maka setiap orang bebas untuk memperjanjikannya. Dari Pasal 1320 KUHPerdara ayat (4) jo Pasal 1337 KUHPerdara dapat disimpulkan bahwa asalkan bukan mengenai kausa yang dilarang oleh undang-undang atau bertentangan dengan kesusilaan dan ketertiban umum, maka setiap orang bebas untuk memperjanjikannya.

Dalam KUHPerdara maupun ketentuan perundang-undangan lainnya juga tidak memberikan larangan bagi seseorang untuk tidak memberikan larangan bagi seseorang untuk membuat perjanjian dalam

⁴² Ridwan Khairandy. *Op.cit.* hal.42-43.

⁴³ Subekti. *Op.cit.* hal.13-14.

⁴⁴ Mariam Darus Badruzaman. *Kompilasi Hukum Perikatan*.(Bandung: Citra Aditya Bakti. 2001).hal.84.

bentuk yang dikehendakinya. Ketentuan yang ada adalah bahwa untuk perjanjian tertentu harus dibuat perjanjian tertentu harus dibuat dalam yang ditentukan, misalnya dibuat dalam bentuk akta otentik. Dengan demikian sepanjang ketentuan perundang-undangan tidak menentukan bahwa suatu perjanjian harus dibuat dalam bentuk tertentu, maka para pihak bebas untuk memilih bentuk perjanjian yang dikehendakinya, yaitu apakah perjanjian akan dibuat secara lisan atau tertulis atau perjanjian dibuat dengan akta di bawah tangan atau akta otentik.

Berdasarkan uraian tersebut diatas, maka dapat diketahui bahwa asas kebebasan berkontrak adalah asas yang mengatakan bahwa setiap orang bebas untuk membuat atau tidak membuat perjanjian dan juga bebas untuk membuat bentuk, macam, isi perjanjian asalkan tidak bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan dan ketertiban umum.

Selanjutnya mengenai ruang lingkup asas kebebasan berkontrak Sutan Remy Sjahdeiny membatasi dalam lingkup sebagai berikut:⁴⁵

- 1) Kebebasan untuk membuat atau tidak membuat perjanjian.
- 2) Kebebasan untuk memilih pihak dengan siapa saja ia ingin membuat perjanjian.
- 3) Kebebasan untuk menentukan atau memilih kausa dari perjanjian yang ingin dibuatnya.
- 4) Kebebasan untuk menentukan suatu objek perjanjian.
- 5) Kebebasan untuk menentukan bentuk dari suatu perjanjian.
- 6) Kebebasan untuk menerima dan menyimpangi ketentuan undang-undang yang bersifat *optional* atau *aanvullend*.

Kebebasan berkontrak klasik yang ideal seluruhnya bergantung model pembentukan kontrak sebelumnya yang tidak *realistic* di mana seluruh transaksi dinegosiasikan secara rinci, informasi yang lengkap dengan posisi tawar yang seimbang, mampu melindungi kepentingan

⁴⁵ Sutan Remy Sjahdeiny. *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan yang Seimbang Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia*. (Jakarta: Pustaka Utama Grafiti, 2009) hal.47.

dirinya sendiri hingga mendapat perjanjian yang saling menguntungkan. Kebebasan berkontrak memiliki posisi tawar (*bargaining position*) yang seimbang, tetapi dalam kenyataannya para pihak tidak selalu memiliki posisi tawar yang seimbang.⁴⁶

Kebebasan berkontrak bukanlah kebebasan mutlak tanpa batas, negara telah melakukan sejumlah pembatasan kebebasan berkontrak melalui peraturan perundang-undangan dan putusan pengadilan.⁴⁷ Pembatasan kebebasan berkontrak disebabkan setidaknya-tidaknya oleh dua faktor, yaitu:⁴⁸

- 1) Makin berkembangnya ajaran *itikad baik* di mana itikad baik tidak hanya ada pada pelaksanaan kontrak, tetapi juga harus ada pada saat dibuatnya kontrak;
- 2) Makin berkembangnya ajaran penyalahgunaan keadaan (*misbruik van omstandigheden* atau *undue influence*).

Purwahid Patrik mengatakan bahwa terjadinya pembatasan kebebasan berkontrak disebabkan:⁴⁹

- 1) Berkembangnya dalam lapangan ekonomi yang membentuk persekutuan-persekutuan dagang, bada-badan hukum atau perseorangan-perseorangan, dan golongan-golongan masyarakat lain (buruh dan tani);
- 2) Terjadinya pemasyarakatan (*vermaatschappelijking*) keinginan adanya keseimbangan antara individu dan masyarakat yang tertuju kepada keadilan sosial;
- 3) Timbulnya formalitas perjanjian;
- 4) Makin banyaknya peraturan di bidang hukum tata usaha negara.

Pendapat tersebut sebagaimana juga Setiawan, yang menyatakan bahwa pembatasan kebebasan berkontrak dipengaruhi oleh berkembangnya doktrin itikad baik, berkembangnya penyalahgunaan

⁴⁶ Ridwan Khairandy. *Itikad Baik Dalam Keabsahan Berkontrak*, (Jakarta: Universitas Indonesia, 2003) hal.1.

⁴⁷ *Ibid* hal.1.

⁴⁸ *ibid* hal.2-3.

⁴⁹ Purwahid Patrik. *Asas Itikad Baik dan Keadilan dalam Perjanjian*. Semarang. Badan Penerbit universitas Diponegoro. 1986. hal.9-10.

keadaan, makin banyaknya kontrak baku, dan makin berkembangnya hukum ekonomi.⁵⁰

Berdasarkan pendapat-pendapat tersebut di atas maka dapat diketahui bahwa lingkup asas kebebasan berkontrak bukan tanpa pembatasan, artinya dibatasi oleh hal-hal tertentu. Adapun maksud dari pembatasan tersebut adalah untuk meluruskan ketidakadilan yang terjadi dalam hubungan perjanjian antara para pihak dan sebab-sebab keterbatasan ini terjadi karena para pihak tidak mempunyai *bargaining position power* yang seimbang.

4. Subyek dan obyek Perjanjian

a. Subyek Perjanjian

Para pihak pada suatu perikatan atau perjanjian, disebut subyek hukum perikatan atau mperjanjian. Subyek hukum dalam perjanjian, yaitu kreditur dan debitur.⁵¹

b. Obyek Perjanjian

Obyek perjanjian menurut Pasal 1234 KUH Perdata adalah prestasi yaitu debitur berkewajiban atas suatu prestasi dan kreditur berhak atas suatu prestasi. Wujud dari suatu prestasi adalah memberi sesuatu, berbuat sesuatu atau tidak berbuat sesuatu.⁵²

5. Prestasi, Wanprestasi, dan Overmacht

a. Prestasi

⁵⁰R. Setiawan, *Aneka Masalah Hukum dan Hukum Acara Perdata*.(Bandung: Alumni, 1992).hal.179.

⁵¹ Subekti, *Hukum Perjanjian*, (Jakarta : Intermasa, 2005), hal .40.

⁵² *Ibid* hal .42.

Wujud dari prestasi adalah memberi sesuatu, berbuat sesuatu, dan tidak berbuat sesuatu (Pasal 1234 KUH Perdata). Suatu perjanjian dapat dilaksanakan secara riil atau tidak, hal ini diatur dalam Pasal 1240 dan Pasal 1241. Pasal 1240 KUH Perdata menerangkan tentang perjanjian untuk tidak berbuat sesuatu (tidak melakukan suatu perbuatan), bahwa kreditur berhak menuntut penghapusan segala sesuatu yang dibuat berlawanan dengan perikatan, dan bolehlah ia minta supaya dikuasakan oleh hakim untuk menyuruh menghapuskan segala sesuatu yang telah dibuat atas biaya debitur, dengan tidak mengurangi haknya untuk menuntut penggantian biaya jika ada alasan untuk itu.

Pasal 1241 KUH Perdata menerangkan tentang perjanjian untuk berbuat sesuatu (melakukan suatu perbuatan), bahwa apabila perjanjian tidak dilaksanakan, maka kreditur boleh juga dikuasakan supaya dia sendirilah mengusahakan pelaksanaannya atas biaya debitur.

b. Wanprestasi

Apabila si berhutang (debitur) tidak melakukan apa yang dijanjikannya, maka dikatakan ia melakukan "wanprestasi".⁵³ Atau juga ia melanggar perjanjian, bila ia melakukan atau berbuat sesuatu yang tidak boleh dilakukannya. Wanprestasi (kelalaian atau kealpaan) seorang debitur dapat berupa empat macam :

1. Tidak melakukan apa yang disanggupi akan dilakukannya.
2. Melaksanakan apa yang dijanjikannya, tetapi tidak sebagaimana dijanjikan.
3. Melakukan apa yang dijanjikannya tetapi terlambat.
4. Melakukan sesuatu yang menurut perjanjian tidak boleh dilakukannya.⁵⁴

⁵³ Subekti, *Hukum Perjanjian*, (Jakarta : Intermasa, 2005), hal .45.

⁵⁴ *Ibid* hal. 102.

Terhadap kelalaian atau kealpaan debitur, dapat diancam beberapa sanksi atau hukuman :

1. Membayar kerugian yang diderita oleh kreditur atau dinamakan ganti-rugi.
2. Pembatalan perjanjian.
3. Peralihan risiko.
4. Membayar biaya perkara, kalau sampai diperkarakan didepan hakim.

c. Overmacht

Dalam *Overmacht* ini debitur berusaha menunjukkan bahwa tidak terlaksananya apa yang dijanjikan itu disebabkan oleh hal-hal yang sama sekali tidak dapat diduga dan dimana ia tidak dapat berbuat apa-apa terhadap keadaan atau peristiwa yang timbul diluar dugaan. Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, mengenai keadaan memaksa (*overmacht*) ini diatur dalam pasal 1244 dan 1245. Dua pasal ini terdapat dalam bagian yang mengatur tentang ganti rugi. Dasar pemikiran dari pembuat undang-undang ialah keadaan memaksa merupakan suatu alasan untuk dibebaskan dari kewajiban membayar ganti rugi.⁵⁵

Pasal 1244 KUH Perdata berbunyi :

" Jika ada alasan untuk itu, si berhutang harus dihukum mengganti biaya, rugi, dan bunga, bila ia tidak membuktikan bahwa hal ini tidak dilaksanakan atau tidak pada waktu yang tepat dilaksanakannya perjanjian itu disebabkan karena suatu hal yang tidak terduga pun tak dapat dipertanggungjawabkan padanya kesemuanya itu pun jika itikad buruk tidak ada pada pihaknya".

Pasal 1245 KUH Perdata berbunyi :

" Tidaklah biaya rugi dan bunga harus digantinya, apabila karena keadaan memaksa atau karena suatu kejadian yang tak disengaja, si berhutang

⁵⁵ Subekti, *Hukum Perjanjian*, (Jakarta : Intermasa, 2005), hal 5.5.

berhalangan memberikan atau berbuat sesuatu yang diwajibkan, atau karena hal-hal yang sama sekali telah melakukan perbuatan yang terlarang.”.

Dua pasal diatas maksudnya mengatur suatu hal yang sama, yaitu dibebaskannya debitur dari kewajiban mengganti kerugian karena suatu kejadian yang dinamakan keadaan memaksa. Dapat disimpulkan juga bahwa keadaan memaksa itu adalah suatu kejadian yang tak terduga, tidak disengaja, dan tak dapat dipertanggungjawabkan kepada debitur serta memaksa dalam arti debitur terpaksa tidak dapat menepati janjinya.

Syarat terjadinya *overmacht*, adalah :

1. Harus adanya halangan untuk memenuhi kewajibannya.
2. Halangan itu terjadi tidak karena kesalahan dari debitur.
3. Tidak disebabkan oleh keadaan yang menjadi resiko dari debitur.⁵⁶

Akibat dari *overmacht*, adalah :

1. Kreditur tidak dapat menuntut pemenuhan prestasi / penggantian kerugian kepada debitur.
2. Gugurnya kewajiban debitur dalam memenuhi tuntutan penggantian kerugian akibat tidak terpenuhinya prestasi dalam perjanjian tersebut sebagai akibat keadaan memaksa.
3. Pemutusan secara sepihak dalam perjanjian timbal balik tidak dapat dilakukan.⁵⁷

6. Berakhirnya Perjanjian

Hapusnya perjanjian dapat disebabkan hal-hal berikut :

⁵⁶ Purwahid Patrik, *Hukum Perdata I (Azas-azas Hukum Perikatan)*, (Semarang : Jurusan Hukum Perdata Fakultas hukum Universitas Diponegoro), hal.19.

⁵⁷ F.X Djumaldji, *Hukum Bangunan Dasar-dasar Hukum Dalam Proyek dan Sumber Daya Manusia*, (Jakarta : Rineka Cipta, 1995), hal .17.

1. Tujuan dari perjanjian telah tercapai dan masing-masing telah memenuhi prestasinya.
2. Perjanjian hapus karena adanya putusan hakim.
3. Perjanjian berakhir apabila telah lewat waktu yang telah ditentukan.
4. Salah satu pihak mengakhirinya dengan memperhatikan kebiasaan-kebiasaan setempat terutama dalam hal jangka waktu pengakhiran.
5. Perjanjian berakhir menurut jangka waktu yang ditentukan oleh undang-undang.
6. Para pihak sepakat untuk mengakhiri perjanjian yang sedang berlangsung.⁵⁸

⁵⁸ Subekti, *Op.cit* hal .70.

BAB III

HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. Perbandingan Akad menurut Hukum Islam dengan Perjanjian menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

Perjanjian dalam bahasa Arab lazim disebut dengan akad. Dalam Pasal 20 angka 1 KHEs dirumuskan bahwa akad adalah kesepakatan dalam suatu perjanjian antara dua pihak atau lebih untuk melakukan atau tidak melakukan perbuatan hukum tertentu. Pada Pasal 22 disebutkan rukun akad terdiri atas : pihak yang melakukan akad, objek akad, tujuan pokok akad, dan kesepakatan.⁵⁹

Pandangan hukum Islam terhadap akad (perjanjian) berbeda dengan pandangan hukum positif. Tanpa memperhatikan nilai-nilai agama, suatu akad dipandang sah menurut hukum positif bila terjadi atas dasar sukarela antara pihak-pihak yang bersangkutan. Berbeda dengan hukum Islam yang masih menekankan nilai-nilai agama. Maka, kemerdekaan orang dalam membuat akad dan syarat-syarat tidak dapat menyimpang dari ketentuan-ketentuan ajaran agama, meskipun pihak-pihak bersangkutan telah menyatakan sukarela.

Hukum Islam pada dasarnya memberikan kebebasan orang membuat perjanjian sesuai dengan keinginannya, tetapi yang menentukan akibat hukumnya adalah ajaran agama, untuk menjaga jangan sampai terjadi penganiayaan antara sesama manusia melalui akad (perjanjian) dan syarat-syarat yang dibuatnya.

Hukum perjanjian Islam merupakan satu dari berbagai macam dan bentuk dari muamalah. Dari berbagai macam dan bentuk muamalah yang ada dalam referensi fikih muamalah, mengenai hukum perjanjian (akad) sangatlah jarang dibahas. Oleh sebab itu, dalam kesempatan ini akan

⁵⁹ Heri Sudarsono, *Bank dan Lembaga Keuangan Syariah*, Yogyakarta, Ekonisia, 2003, hal.67.

dibahas mengenai hukum perjanjian sesuai dengan syariat Islam. Hal ini disebabkan manusia tidak bisa tidak harus terkait dengan persoalan akad (kontrak/perjanjian) diantara sesamanya, maka dalam pembahasan tesis ini diusahakan sedapat mungkin menampilkan berbagai macam persoalan yang menyangkut lalu lintas hukum di bidang perjanjian. Hukum perjanjian tersebut di atas dikaitkan dengan tugas notaris sebagai pejabat umum dalam pembuatan akta perjanjian sesuai dengan kaidah-kaidah dan prinsip-prinsip hukum Islam.

Pihak yang berakad disebut juga subjek hukum. Dalam Pasal 1 Angka 2 subjek hukum adalah orang perorangan, persekutuan atau badan usaha yang berbadan hukum atau tidak berbadan hukum yang memiliki kecakapan hukum untuk mendukung hak dan kewajiban. Kategori kecakapan dalam Pasal 2 Ayat 1 dijelaskan bahwa orang dipandang cakap adalah apabila telah berumur sekurangkurangnya 18 tahun atau pernah menikah. Dalam hal seorang anak belum mencapai umur 18 tahun dapat mengajukan permohonan pengakuan cakap melakukan perbuatan hukum kepada Pengadilan.⁶⁰

Jika terbukti dalam persidangan pemohon tidak memenuhi kriteria orang yang cakap hukum, maka menurut Pasal 4 perlu mendapat perwalian. Di samping mereka yang masih di bawah umur, Pasal dalam KHES juga menentukan perwalian kepada orang dewasa yang dianggap tidak cakap. Hal ini mirip dengan ketentuan BW terhadap orang yang berada di bawah pengampuan (*curatele*). Hanya saja dalam KHES tidak dikemukakan dalam hal apa saja orang dapat ditempatkan di bawah pengampuan.

Pasal 6 KHES menentukan kewenangan pengadilan dalam kaitan dengan perwalian. Ayat 1, pengadilan berwenang menetapkan perwalian bagi orang yang dipandang tidak cakap melakukan perbuatan hukum.

⁶⁰ *Ibid*, hal 99

Ayat 2, pengadilan berwenang menetapkan orang untuk bertindak sebagai wali sebagaimana dimaksud pada ayat 1. kemudian pada Pasal 7 disebutkan bahwa pengadilan dapat menetapkan orang yang berutang berada dalam perwalian berdasarkan permohonan orang yang berpiutang. Kata-kata pengadilan dalam ketentuan di atas harus dibaca Pengadilan Agama/Mahkamah Syariah. KHES menggunakan istilah Muwalla untuk menyebut orang yang tidak cakap melakukan perbuatan hukum dan ditetapkan dalam perwalian. Lebih lanjut Pasal 9 menjelaskan bahwa muwalla dapat melakukan perbuatan hukum yang menguntungkan dirinya, meskipun tidak mendapatkan izin wali; tidak dapat melakukan suatu perbuatan hukum yang merugikan dirinya, meskipun atas izin wali; keabsahan perbuatan hukum muwalla atas hak kebendaannya yang belum jelas akan menguntungkan atau merugikan dirinya bergantung pada izin wali; apabila terjadi perselisihan antara muwalla dengan wali, muwalla dapat mengajukan permohonan ke pengadilan untuk ditetapkan bahwa yang bersangkutan memiliki kecakapan melakukan perbuatan hukum. Rukun kedua dari akad adalah objek akad. Pasal 24 KHES menyebut bahwa objek akad adalah amwal atau jasa yang dihalalkan dan dibutuhkan oleh masing-masing pihak.

Pengertian amwal pada Pasal 1 Angka 9 adalah benda yang dapat dimiliki, dikuasai, diusahakan dan dialihkan, baik benda berwujud maupun abstrak, baik benda terdaftar maupun tidak terdaftar, benda bergerak atau tidak bergerak, dan hak yang mempunyai nilai ekonomis. Dalam pengertian tersebut dapat dikemukakan macam perbedaan pengertian benda antara lain:⁶¹

1. Benda berwujud dan tidak berwujud
 - a. Benda berwujud adalah benda yang dapat diindera (Pasal 1 angka 10).
 - b. Benda tidak berwujud adalah segala sesuatu yang tidak dapat diindera (Pasal 1 angka 11).

⁶¹ Fathurahman Djamil, *OpCit*, hal 256.

2. Benda bergerak dan tidak bergerak

- a. Benda bergerak adalah segala sesuatu yang dapat dipindahkan dari suatu tempat ke tempat lain (Pasal 1 angka 12).
- b. Benda tidak bergerak adalah segala sesuatu yang tidak dapat dipindahkan dari suatu tempat ke tempat lain yang menurut sifatnya ditentukan oleh Undang-Undang (Pasal 1 angka 13).

3. Benda terdaftar dan tidak terdaftar

- a. Benda terdaftar adalah segala sesuatu yang kepemilikannya ditentukan berdasarkan warkat yang dikeluarkan oleh pejabat berwenang (Pasal 1 angka 14) .
- b. Benda tidak terdaftar adalah segala sesuatu yang kepemilikannya ditentukan berdasarkan alat bukti pertukaran atau pengalihan di antara pihak-pihak (Pasal 1 angka 15).

Selain itu dalam Pasal 1 Angka 9 disebutkan juga bahwa amwal adalah hak yang memiliki nilai ekonomis. Uang dan surat berharga masuk dalam kategori ini. Hanya saja uang bukanlah sebagai komoditas, melainkan sebagai alat pembayaran yang sah. Rukun ketiga dari akad adalah tujuan pokok akad. Ketentuan khusus tentang hal ini disebutkan pada Pasal 25 KHES yang menyatakan bahwa akad bertujuan memenuhi kebutuhan hidup dan pengembangan usaha masing-masing pihak yang melakukan akad. Namun tidak semua tujuan dibenarkan karena tujuan yang dibenarkan hanyalah untuk akad yang sah. Pasal 28 ayat (1) menyatakan akad yang sah adalah akad yang terpenuhi rukun dan syaratnya.

Akad tidak sah apabila bertentangan dengan syariat Islam, peraturan perundang-undangan, ketertiban umum, kesusilaan (Pasal 26 KHES). Pasal 27 dan 28 disebutkan bahwa hukum akad terbagi dalam 3 kategori:

1. Akad yang sah adalah akad yang terpenuhi rukun dan syaratnya;
2. Akad yang fasad adalah akad yang terpenuhi rukun dan syaratnya namun terdapat hal lain yang merusak akad tersebut karena pertimbangan maslahat;

3. Akad yang batal adalah akad yang kurang syarat dan rukunnya. Rukun akad yang keempat adalah kesepakatan. Dalam KHES tidak ditemukan aturan tentang kesepakatannya sendiri, hanya diatur cacatnya sebuah kesepakatan, yakni apabila dalam akad tersebut mengandung unsur *ghalat* (khilaf), *ikrah* (paksaan), *taghrir* (tipuan), dan *gubhn* (penyamaran).

Definisi *Akad* menurut jumhur ulama bahwa akad adalah suatu perikatan antara *ijab* dan *qobul* dengan cara yang di benarkan syar'i yang menetapkan adanya akibat-akibat hukum pada obyeknya dapat diperoleh tiga unsur yang terkandung dalam akad, yaitu sebagai berikut :⁶²

1. Pertalian *Ijab* dan *Qobul*

- a. *Ijab* adalah pernyataan kehendak oleh satu pihak (*mujib*) untuk melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu.
- b. *Qobul* adalah pernyataan menerima atau menyetujui kehendak mujib tersebut oleh pihak lainnya (*qobil*). *Ijab* dan *Qobul* ini harus ada dalam melaksanakan suatu perikatan (*akad*)

2. Dibenarkan oleh *syara'*

Akad yang dilakukan tidak boleh bertentangan dengan syari'ah atau hal-hal yang diatur oleh Allah SWT dalam Al Qur'an dan Nabi Muhammad SAW dalam Al Hadist. Pelaksanaan akad, tujuan akad, maupun obyek *akad* tidak boleh bertentangan dengan syari'ah. Jika bertentangan, akan mengakibatkan akad itu tidak sah. Sebagai contoh suatu perikatan (*akad*) yang mengandung riba atau obyek perikatan yang tidak halal (seperti minuman keras) mengakibatkan tidak sahnya suatu perikatan menurut Hukum Islam .

3. Mempunyai akibat hukum terhadap obyeknya

Akad merupakan salah satu dari tindakan hukum (*tasharruf*). Adanya akad menimbulkan akibat hukum terhadap obyek hukum yang

⁶² *Ibid*, hal 266.

diperjanjikan oleh para pihak dan juga memberikan konsekuensi hak dan kewajiban yang mengikat para pihak.

Berdasarkan hal ini ada 4 (empat) hal yang menyebabkan cacatnya sebuah kesepakatan :

a. *Ghalath* atau khilaf

Pasal 30 menyatakan kekhilafan tidak mengakibatkan batalnya suatu akad kecuali khilaf itu terjadi mengenai hakikat yang menjadi pokok perjanjian;

b. *Ikrah* atau paksaan

Pasal 31 menyatakan paksaan mendorong seseorang untuk melakukan sesuatu bukan berdasar pilihan bebasnya dan Pasal 32 menyebutkan bahwa paksaan dapat menyebabkan batalnya akad apabila pemaksa mampu untuk melaksanakannya, pihak yang dipaksa memiliki persangkaan yang kuat bahwa pemaksa akan segera melaksanakan apa yang diancamkannya apabila tidak patuh pada perintah pemaksa, yang diancamkan benar-benar menekan kondisi jiwa orang yang diancam, ancaman akan dilaksanakan secara serta merta, paksaan bersifat melawan hukum.

c. *Taghrirat* atau tipuan

Dalam Pasal 33 KHEs disebutkan bahwa penipuan adalah pembentukan akad melalui tipu daya. Dengan dalih untuk kemaslahatan, tetapi kenyataannya untuk memenuhi kepentingannya sendiri. Pasal 34 menyatakan bahwa penipuan merupakan alasan pembatalan suatu akad.

d. *Gubn* atau penyamaran

Pasal 35 KHEs menegaskan penyamaran sebagai keadaan yang tidak imbang antara prestasi dengan imbalan prestasi dalam suatu akad.

Abdul Kadir Muhammad menyatakan “bahwa faktor yang mempengaruhi berlakunya perjanjian adalah karena kekeliruan,

perbuatan curang, pengaruh tidak pantas, dan ketidakcakapan dalam membuat perjanjian.”⁶³

Hal penting lain yang perlu diperhatikan adalah berkenaan dengan asas akad. Pasal 21 menyatakan bahwa akad dilakukan berdasar 11 asas :

- a. Sukarela/ikhtiyari (setiap akad dilakukan berdasarkan kehendak para pihak dan bukan karena keterpaksaan);
- b. Menepati janji/amanah (setiap akad wajib dilaksanakan oleh para pihak);
- c. Kehati-hatian/ikhtiyati (setiap akad dilakukan dengan pertimbangan yang matang);
- d. Tidak berubah (setiap akad memiliki tujuan yang jelas dan terhindar dari spekulasi);
- e. Saling menguntungkan (setiap akad dilakukan untuk memenuhi kepentingan para pihak sehingga terhindar dari manipulasi);
- f. Kesetaraan/taswiyah (para pihak yang melaksanakan akad memiliki kedudukan yang setara, memiliki hak dan kewajiban yang simbang);
- g. Transparansi (akad dilakukan dengan pertanggungjawaban para pihak secara terbuka);
- h. Kemampuan (akad dilakukan sesuai kemampuan para pihak);
- i. Kemudahan/taisir (akad memberi kemudahan bagi masing-masing pihak untuk melaksanakannya);
- j. Itikad baik (akad dilaksanakan dalam rangka menegakkan kemaslahatan);
- k. Sebab yang halal (akad tidak bertentangan dengan hukum).

Perjanjian yang tidak dilaksanakan dengan itikad baik sering disebut dengan wanprestasi atau ingkar janji. Dalam Pasal 36 KHES dikatakan bahwa pihak dikategorikan melakukan ingkar janji apabila tidak

⁶³ Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perjanjian*, Bandung, Alumni, 1986, hal 116.

melakukan apa yang dijanjikan untuk melakukannya, melaksanakan apa yang dijanjikan namun tidak sebagaimana yang dijanjikan, melakukan apa yang dijanjikan tetapi terlambat, melakukan sesuatu yang menurut perjanjian tidak dibolehkan. Pihak yang ingkar janji menurut Pasal 38 KHES dapat dijatuhi sanksi berupa pembayaran ganti rugi, pembatalan akad, peralihan resiko, denda dan pembayaran biaya perkara. Khusus mengenai pembayaran ganti rugi, Pasal 39 KHES menyatakan bahwa pembayaran ganti rugi dapat dijatuhkan apabila pihak yang melakukan wanprestasi setelah dinyatakan ingkar janji tetap melakukan ingkar janji, sesuatu yang harus diberikan atau dibuatnya hanya dapat diberikan atau dibuat dalam tenggang waktu yang telah dilampaukannya, pihak yang melakukan ingkar janji tidak dapat membuktikan bahwa perbuatan ingkar janjinya tidak dibawah paksaan.

Secara etimologi Undang-Undang tidak menjelaskan apa yang dimaksud daripada perikatan. Begitu pula *Code Civil* Perancis maupun *Borgelijk Wetboek* (BW) Belanda yang merupakan concodantie BW kita. Secara etimologi perikatan (*Verbinten*) berasal dari kata kerja “verbinden” yang artinya mengikat (ikatan atau hubungan). *Verbinten* bisa disebut dengan istilah perikatan, perutangan, atau perjanjian. Perikatan bisa diartikan juga setuju atau sepakat, dari arti kata overeenkomen.

Menurut terminologi, perikatan merupakan suatu hubungan hukum yang bersifat harta kekayaan antara sejumlah terbatas subyek hukum. Sehubungan dengan itu, seseorang atau beberapa orang dari padanya (debitur atau para debitur) mengikatkan dirinya untuk bersikap menurut cara-cara tertentu atas sesuatu prestasi terhadap pihak yang lain (kreditur atau para kreditur). Jadi unsur-unsur perikatan meliputi hubungan hukum,

kekayaan, pihak-pihak dan prestasi. Apabila debitur tidak melakukan apa yang telah diperjanjikan, maka ia dikatakan melakukan wanprestasi.⁶⁴

Kreditur dapat menuntut pemenuhan perjanjian, pemenuhan perjanjian dengan ganti rugi, ganti rugi, pembatalan persetujuan timbal balik, pembatalan dengan ganti rugi, dan pembatalan debitur yang dituduh lalai. Seorang debitur yang lalai dapat mengajukan pembelaan diri dengan mengajukan beberapa alasan yang membebaskan hukum, yaitu keadaan memaksa (*Overmacht/force majeure*), kreditur juga melakukan kelalaian (*Exception non adimpleti contractus*), kreditur telah melepaskan haknya untuk menuntut ganti rugi (*rechtsverweking*). Jika hukum benda memiliki suatu sistem tertutup, maka hukum perjanjian menganut sistem terbuka (*Aanvullenrecht*). Artinya, para pihak boleh membuat aturan-aturan sendiri yang menyimpang dari Pasal-Pasal perjanjian. Akan tetapi jika mereka tidak mengatur sendiri, berarti mengenai perkara tersebut, mereka akan tunduk kepada undang-undang.

Sistem terbuka yang mengandung asas kebebasan berkontrak disimpulkan dari Pasal 1338 KUHPerdara yang berbunyi “Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya” (*Pacta sunt servanda*). Sistem terbuka juga mengandung pengertian bahwa perjanjian-perjanjian khusus yang diatur dalam undang-undang hanyalah merupakan perjanjian yang paling terkenal saja dalam masyarakat pada waktu KUHPerdara dibentuk.

Apabila kembali memperhatikan rumusan perjanjian, dapatlah disimpulkan unsur perjanjian meliputi sebagai berikut :

- a. Adanya pihak-pihak sedikitnya dua orang

Pihak-pihak yang ada dalam perjanjian ini disebut sebagai subyek perjanjian. Subyek perjanjian dapat berupa manusia

⁶⁴ *Ibid*, hal 277

atau juga badan hukum. Subyek perjanjian harus mampu untuk melakukan perbuatan hukum seperti yang ditetapkan dalam undang-undang. Subyek hukum dapat dalam kedudukan pasif atau sebagai debitur atau kedudukan yang aktif atau sebagai kreditur.

b. Adanya persetujuan antara pihak-pihak tersebut

Persetujuan disini bersifat tetap, dalam arti bukan baru dalam taraf berunding. Perundingan. Realisasi dari persetujuan ini dapat ditunjukkan adanya penerimaan dari salah satu pihak atas tawaran dari pihak lainnya, dan pada umumnya mengenai syarat yang ada dalam perjanjian mengenai obyek dari perjanjian itu sendiri. Dengan disetujuinya oleh masing-masing pihak tentang syarat dan obyek perjanjian itu, maka timbulah persetujuan, dan persetujuan ini merupakan salah satu syarat sah nya perjanjian.

c. Adanya tujuan yang akan dicapai

Tujuan mengadakan perjanjian terutama guna memenuhi kebutuhan pihak-pihak, dan kebutuhan tersebut hanya dapat dipenuhi jika mengadakan perjanjian dengan pihak lain. Adapun tujuan dari perjanjian itu sendiri haruslah memenuhi syarat sesuai rambu-rambu pembatasan kebebasan berkontrak, yaitu :

1. Tidak boleh dilarang undang-undang;
2. Tidak bertentangan dengan kesusilaan;
3. Tidak bertentangan dengan ketertiban umum.

d. Adanya prestasi yang akan dilaksanakan

Bila telah ada persetujuan, maka dengan sendirinya akan timbul suatu kewajiban untuk melaksanakannya.

Pelaksanaannya disini tentu saja dapat diwujudkan suatu prestasi yang meliputi :

1. Untuk memberi sesuatu;
2. Untuk berbuat sesuatu;
3. Untuk tidak berbuat sesuatu.

e. Adanya bentuk tertentu, baik lisan maupun tulisan

Dalam suatu perjanjian bentuk itu sangat penting, karena ada ketentuan undang-undang bahwa dengan bentuk tertentu, maka suatu perjanjian mempunyai kekuatan mengikat dan sebagai bukti. Bentuk tertentu disini biasanya dalam bentuk akta, namun demikian tidak menutup kemungkinan bentuk perjanjian secara lisan.

f. Adanya syarat tertentu, sebagai isi perjanjian

Mengenai syarat tertentu ini sebenarnya sebagai isi dari perjanjian, karena dengan syarat-syarat itulah dapat diketahui adanya hak dan kewajiban dari pihak-pihak.

Dari hasil penelitian yang dilakukan penulis, maka perbedaan Akad menurut Hukum Islam dengan Perjanjian Menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata adalah dapat dibedakan sebagai berikut :

1. Perbedaan Syarat Sah Dan Rukun Terbentuknya Akad Dalam Hukum Islam Dengan Syarat Sah Perjanjian Menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata

a. Para Pihak Yang Membuat Akad

Apabila dibandingkan antara KUH Perdata dengan Hukum Islam, terlihat keduanya terdapat perbedaan, seperti para pihak yang membuat akad yang dalam KUHPerdata merupakan Syarat Sah perjanjian namun dalam Hukum Islam hal ini merupakan Rukun dalam Akad, dan masih memerlukan syarat penyempurna yaitu Tamyiz yang dalam KUHPerdata disebut dengan kecakapan hukum para pihak.

Perbedaan juga terdapat pada batasan atau ukuran kecakapan hukum seseorang. Dalam Hukum Islam batasan umur pelaku untuk keabsahan akad diserahkan kepada *'urf* atau peraturan perundang – undangan yang dapat menjamin kemaslahatan para pihak.

Sementara ukuran kedewasaan (kecakapan hukum) seseorang menurut KUHPerdata adalah telah berumur 21 tahun atau sudah kawin. Dan di beberapa Negara bagian di Amerika ada yang menentukan batasan umur bagi wanita adalah 18 tahun.

b. Pernyataan Kehendak.

Dalam Hukum Islam disebut dengan *Ijab – Kabul*. Secara umum dalam hal pernyataan kehendak antara KUHPerdata dan Hukum Islam memiliki kriteria yang sama, namun dalam Hukum Islam hal ini masih memerlukan syarat penyempurna yang tidak disebutkan dalam KUHPerdata, yaitu :

- a. Ijab dan Kabul harus secara jelas menunjukkan maksud kedua belah pihak
- b. Antara ijab dan Kabul harus selaras , dan
- c. Antara ijab dan Kabul harus *muttashil* (berkesinambungan), yakni dilakukan dalam satu *majlis 'aqd* (tempat kontrak).

c. Objek

Objek akad disebut juga sebagai prestasi dalam KUHPerdara, yaitu : “Apa yang menjadi kewajiban debitur dan apa yang menjadi hak debitur “. Prestasi ini meliputi perbuatan positif dan negatif, seperti:

- a. Memberikan sesuatu
- b. Berbuat sesuatu
- c. Tidak berbuat sesuatu

Hal ini memiliki substansi yang sama dengan objek akad dalam Hukum Islam, namun lebih lanjut Hukum Islam mensyaratkan bahwa objek akad harus dapat ditransaksikan menurut *Syara'*.

d. Tujuan

Tujuan akad dikenal dengan *Causa* yang halal dalam KUHPerdara. Namun penjelasan Halal disini bermakna secara umum, yakni tujuan akad yang menjadi tujuan para para pihak pembuat perjanjian, yang tidak bertentangan dengan Undang-Undang, kesusilaan dan ketertiban umum.

Sedangkan dalam Hukum Islam *Maudhu' al – 'aqd* (tujuan akad) merupakan salah satu bagian terpenting yang mesti ada pada setiap akad. Menurut Hukum Islam yang menentukan tujuan hukum akad adalah *al – Musyarri'* (yang menetapkan *syari'at* yaitu Allah). Dengan kata lain, akibat hukum suatu akad hanya diketahui melalui *syara'* dan harus sejalan dengan kehendak *syara'*, artinya sesuai dengan ketentuan *al – Qur'an* dan Hadits.

Tabel 1 : Perbedaan Syarat Sah Dan Rukun Terbentuknya Akad Dalam Hukum Islam Dengan Syarat Sah Perjanjian Menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata

No	Variabel	Hukum Islam	KUH Perdata
1.	Para pihak pembuat	Dalam Hukum Islam	Batasan

	akad	berdasarkan ' <i>Urf</i>	kecakapan hukum seseorang menurut KUH Perdata adalah 21 tahun atau sudah menikah. Dalam hukum di beberapa Negara bagian di Amerika, 18 tahun bagi wanita.
2.	Pernyataan Kehendak	Sesuai Ijab dan Qabul	Kata Sepakat
3.	Objek Akad	<ul style="list-style-type: none"> a. Dapat diserahkan b. Tertentu atau dapat ditentukan c. Dapat ditransaksikan 	<ul style="list-style-type: none"> a. Memberikan sesuatu b. Berbuat sesuatu c. Tidak berbuat sesuatu
4.	Tujuan Akad	Akibat hukum suatu akad hanya diketahui melalui <i>syara'</i> dan harus sejalan dengan kehendak <i>syara'</i> , artinya sesuai dengan ketentuan al – Qur'an dan Hadits.	Tidak bertentangan dengan Undang-undang, kesusilaan, dan ketertiban umum (Causa yang Halal)

Apabila dibandingkan antara KUH Perdata dengan Hukum Islam, terlihat keduanya terdapat perbedaan, seperti para pihak yang membuat akad yang dalam KUHPdata merupakan Syarat Sah perjanjian namun dalam Hukum Islam hal ini merupakan Rukun dalam Akad, dan masih memerlukan syarat penyempurna yaitu Tamyiz yang dalam KUHPdata disebut dengan kecakapan hukum para pihak.

Perbedaan juga terdapat pada batasan atau ukuran kecakapan hukum seseorang. Dalam Hukum Islam batasan umur pelaku untuk keabsahan akad diserahkan kepada '*urf*' atau peraturan perundang – undangan yang dapat menjamin kemaslahatan para pihak. Sementara ukuran kedewasaan (kecakapan hukum) seseorang menurut KUHPdata adalah telah berumur 21 tahun atau sudah kawin.

Dalam Hukum Islam disebut dengan *Ijab – Kabul*. Secara umum dalam hal pernyataan kehendak antara KUHPdata dan Hukum Islam memiliki kriteria yang sama, namun dalam Hukum Islam hal ini masih memerlukan syarat penyempurna yang tidak disebutkan dalam KUHPdata, yaitu :

- a. Ijab dan Kabul harus secara jelas menunjukkan maksud kedua belah pihak
- b. Antara ijab dan Kabul harus selaras , dan
- c. Antara ijab dan Kabul harus *muttashil* (berkesinambungan), yakni dilakukan dalam satu *majlis 'aqd* (tempat kontrak).

Mengenai obyek akad dan perjanjian, terdapat substansi yang sama dalam Hukum Islam dengan KUHPdata tetapi dalam Hukum Islam mensyaratkan bahwa obyek akad harus dapat dtransaksikan menurut *Syara'*.

Tujuan akad dalam KUHPdata yaitu causa yang halal, namun halal disini bermakna secara umum yaitu tidak bertentangan dengan

peraturan yang berlaku, sedangkan menurut Hukum Islam halal disini harus sesuai dengan syariat yang dimana halal menurut KUHPerdota belum tentu halal menurut Hukum Islam.

2. Persamaan Syarat Sah Dan Rukun Terbentuknya Akad Dalam Hukum Islam Dengan Syarat Sah Perjanjian Menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata

a. Para Pihak Yang Membuat Akad

Syarat kecakapan Hukum dalam KUH Perdata sama dengan syarat Tamyiz dalam Hukum Islam. Artinya, orang – orang yang akan mengadakan perjanjian haruslah orang – orang yang cakap dan mempunyai wewenang untuk melakukan perbuatan hukum. Dalam hukum Islam disebut dengan *Mukallaf*, yang meliputi *'aqil*, *baligh*, berakal sehat, dan dewasa atau cakap hukum.

b. Pernyataan Kehendak

Sighat (formulasi) ijab – Kabul dapat diwujudkan dengan lisan, tulisan, isyarat bagi mereka yang tidak mampu berbicara atau menulis, saran komunikasi modern, bahkan dengan perbuatan (bukan ucapan, tulisan, maupun isyarat). Hal ini juga diatur dalam Pasal 1320 ayat (1) KUH Perdata.

c. Objek Akad

Supaya kontrak / akad dapat dikatakan sah dan mempunyai kekuatan mengikat haruslah didukung dengan konsiderasi (Prestasi).

Objek akad adalah sasaran yang hendak dicapai oleh para pihak melalui penutupan akad. Apabila tidak ada objek, tentu akadnya menjadi sia – sia dan percuma. Tidak mungkin para pihak dapat melaksanakan prestasinya bilamana prestasi itu tidak ada dan tidak

jelas. Hal ini yang terdapat dalam semua system termasuk KUH Perdata dan Hukum islam.

d. Tujuan Akad

Syarat Causa Yang Halal senada dengan tujuan Pokok akad dalam Hukum Islam, hanya saja berbeda dalam standar Halal yang dimaksud. Dalam Hukum Islam yakni tidak boleh bertentangan dengan syara'.

Tabel 2 : Aspek Persamaan Akad menurut Hukum Islam dengan KUH Perdata

NO.	Variabel	Hukum Islam	KUH Perdata
1.	Para pihak yang membuat akad	Tamyiz	Syarat kecakapan Hukum
2.	Pernyataan Kehendak	Ijab – Kabul	Kesepakatan
3.	Obyek Akad	Obyek akad dapat berupa benda, manfaat benda, jasa atau pekerjaan, atau sesuatu yang lain yang tidak bertentangan dengan Syariah.	Suatu hal tertentu
4.	Tujuan Akad	Tidak Bertentangan dengan Syara'	Causa yang Halal

Setelah melakukan perbandingan antara syarat sah akad menurut hukum islam dengan perjanjian hukum perdata, terdapat beberapa aspek persamaan antara lain mengenai para pihak yang membuat akad. Disini

tamyiz sama dengan syarat kecakapan hukum dalam Hukum Islam *tamyiz* ini merupakan syarat penyempurna rukun dalam akad. Pernyataan kehendak dalam Hukum Islam adalah ijab-kabul dapat diwujudkan dengan lisan, tulisan, atau isyarat bagi mereka yang tidak dapat membaca dan menulis. Menurut KUHPerdata kesepakatan disini dapat terjadi secara konsensual (lisan) dan tertulis, tidak diatur mengenai cara mencapai kesepakatan selain secara lisan dan tertulis. Obyek akad menurut Hukum Islam sama dengan yang terdapat dalam KUHPerdata yaitu berupa benda berwujud yang dapat dipindah tangankan kepemilikannya. Tujuan akad disini juga tidak terdapat perbedaan hanya berbeda istilah yang intinya sama-sama tidak bertentangan dengan peraturan yang berlaku. Jika saah satu dari syarat tersebut ada yang tidak terpenuhi maka akad atau perjanjian tersebut batal.

Dari analisa diatas tersebut maka penulis dapat menyimpulkan tujuan dari perbandingan yang dilakukan dalam upaya perancangan perjanjian tidak bisa terlepas dari tujuan utama aktivitas berkontrak, yaitu bagaimana sebagai pihak yang langsung terkait terhadap perjanjian yang sedang dirancang atau orang yang diwakilinya dapat memperoleh hak-hak yang diinginkan secara maksimal, jelas, benar, dan berkekuatan hukum. Menurut analisa dari penulis seseorang dalam merancang perjanjian mempunyai tiga misi yang harus dicapai, yaitu :

1. Secara maksimal mengakomodasi perlindungan haknya.

Keberhasilan dari perjanjian antara lain ditentukan oleh keberhasilan proses perancangan yang akhirnya akan menghasilkan bentuk kesepakatan yang secara maksimal dapat mengakomodasi perlindungan hak dan kepentingan masing-masing pihak, artinya perlindungan hak dari para pihak yang membuat perjanjian dapat dilakukan secara maksimal ketika perjanjian dirancang dan disepakati, bukan ketika permasalahan telah timbul dari perjanjian yang telah disepakati.

2. Menghindari / meminimalisir potensi masalah.

Upaya untuk melakukan perlindungan hak dalam perancangan perjanjian tidak selalu dapat diartikan dengan upaya menciptakan kontrak yang tebal atau yang rumit, akan tetapi lebih pada upaya untuk menciptakan kontrak dengan penggambaran hak dan kewajiban yang jelas dan utuh. Khususnya mengenai subyek dan obyek perjanjian apakah itu diperbolehkan atau dilarang menurut peraturan yang berlaku.

B. Akibat Hukum dari Pemutusan Akad

1. Pemutusan Akad menurut Hukum Islam

Yang dimaksud dengan Pemutusan Akad (terminasi akad) adalah tindakan mengakhiri perjanjian yang telah tercipta sebelum dilaksanakan atau sebelum selesai pelaksanaannya. Terminasi akad disini dibedakan dengan berakhirnya akad dimana berakhirnya akad disini berarti telah selesainya pelaksanaan akad karena para pihak telah memenuhi segala perikatan yang timbul dari akad tersebut sehingga akad telah mewujudkan tujuan yang hendak dicapai oleh para pihak.⁶⁵ Sedangkan terminasi akad adalah berakhirnya akad karena difasakh (diputus) oleh para pihak dalam arti akad tidak dilaksanakan karena suatu hal.

Istilah yang digunakan oleh ahli-ahli hukum islam untuk pemutusan akad ini adalah *fasakh*. Hanya saja kata “fasakh” terkadang digunakan untuk menyebut berbagai bentuk pemutusan akad, dan kadang-kadang dibatasi untuk menyebut beberapa bentuk pemutusan akad saja. Secara umum fasakh (pemutusan) akad dalam hukum islam meliputi :

a. Terminasi akad berdasarkan kesepakatan (*al-iqalah*).

⁶⁵ Ahmad Azhar Basyir, *Op cit*, hal.166.

- b. Terminasi akad terkait pembayaran urbun di muka.
- c. Terminasi akad karena salah satu pihak menolak melaksanakannya.
- d. Terminasi akad karena mustahil dilaksanakan.

a. Terminasi akad melalui kesepakatan bersama (*al-iqalah*)

Suatu akad, apabila telah memenuhi rukun dan syarat-syaratnya sesuai dengan ketentuan hukum, maka akad tersebut menjadi mengikat. Daya ikat akad tersebut menunjukkan arti bahwa akad tersebut tidak dapat diubah atau bahkan diputus oleh para pihak yang telah menyetujuinya secara sepihak berdasarkan kehendak sepihak.

Akan tetapi, bila kita ingat bahwa akad itu terbentuk berdasarkan kehendak dua pihak yang tercermin dalam ijab dan Kabul, maka adalah masuk akal bahwa dengan ijab dan Kabul serupa, pemutuserannya pula dapat dilakukan, dan inilah yang disebut pemutusan akad berdasarkan kesepakatan para pihak, yang dalam hukum islam dikenal dengan istilah *al-iqalah*.

Terminasi akad dengan kesepakatan (*al-iqalah*) adalah tindakan para pihak berdasarkan kesepakatan bersama untuk mengakhiri suatu akad yang telah mereka tutup dan menghapus akibat hukum yang timbul sehingga status para pihak kembali seperti sebelum terjadinya akad yang diputuskan tersebut. Dengan kata lain, terminasi akad dengan kesepakatan adalah kesepakatan bersama para pihak untuk menghapus akad dengan segala akibat hukumnya sehingga seperti tidak pernah terjadi akad. Dengan demikian akibat hukum dari *iqalah* tidak hanya berlaku sejak dilakukannya pemutusan akad, tetapi juga saat dibuatnya akad. Dengan kata lain *iqalah* mempunyai akibat hukum berlaku surut.⁶⁶

⁶⁶Syamsul Anwar, *Hukum Perjanjian Syariah: Studi tentang Teori Akad dalam Fikih Muamalat*, Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2007, hal. 340.

Agar keputusan akad sah harus dipenuhi beberapa syarat sebagai berikut :

1. Iqalah terjadi atas akad yang termasuk jenis akad yang dapat di fasakh (diputuskan).
2. Adanya persetujuan (kesepakatan) kedua belah pihak.
3. Bahwa obyek akad masih utuh dan ada ditangan salah satu pihak, yang berarti bila obyek telah musnah, iqalah tidak dapat dilakukan, dan bila musnah sebagian dapat dilakukan terhadap bagian yang masih utuh dengan memperhitungkan harga secara proporsional.
4. Tidak boleh menambah harga dari harga pokok, karena iqalah adalah suatu pembatalan; namun biaya pembatalan dibebankan kepada yang meminta pembatalan.

Adapun beberapa ketentuan hukum mengenai terminasi akad melalui kesepakatan bersama (*al-iqalah*) ini, antara lain :⁶⁷

1. Karena akad terjadi dengan ijab dan Kabul para pihak, maka yang berhak melakukan iqalah adalah para pihak yang bersangkutan. Namun demikian, hak ini juga diperluas kepada ahli waris, juga wakil (penerima kuasa) dengan kuasa dari pihak yang berhak, serta fudhuli (pelaku tanpa kewenangan) dengan ketentuan akibat hukumnya yang baru berlaku setelah mendapat ratifikasi dari yang berhak.
2. Hapusnya akad yang telah dibuat berikut akibat hukumnya dan para pihak dikembalikan kepada status semula seperti sebelum terjadi akad. Karena itu untuk dapat dilakukan iqalah disyaratkan bahwa obyek akad masih ada.

⁶⁷ *Ibid*, hal. 341.

3. Segala yang berkaitan dengan akad juga bubar, seperti akad penanggungan yang mengikuti akad pokok.
4. Bagi pihak ketiga, iqalah merupakan suatu akad baru dalam rangka member perlindungan terhadap pihak ketiga tersebut.
5. Bagi iqalah berlaku khiyar syarat dan khiyar cacat, misalnya penjual menemukan cacat yang terjadi di tangan pembeli pada barang yang dikembalikan pembeli yang tidak diketahui oleh penjual saat melakukan iqalah, maka ia berhak mengembalikan barang tersebut kepada pembeli (tidak jadi melakukan iqalah).

b. Terminasi akad melalui Urbun

Boleh jadi pula suatu akad disertai semacam tindakan hukum para pihak yang memberikan kemungkinan kepada masing-masing untuk memutuskan akad bersangkutan secara sepihak dengan memikul suatu kerugian tertentu. Ini tercermin dalam pembayaran apa yang dalam hukum islam dinamakan Urbun (semacam uang panjar). Dikalangan ahli-ahli hukum islam pra modern, urbun merupakan institusi yang diperdebatkan apakah sah atau bertentangan degan hukum islam. Ahli-ahli hukum islam kontemporer yang berpendapat bahwa urbun tersebut sah dengan alasan :⁶⁸

1. Pembayaran urbun dianggap sebagai bukti bahwa akad telah final dimana tidak boleh ditarik kembali kecuali apabila ditentukan lain dalam persetujuan atau menurut adat kebiasaan.
2. Apabila kedua belah pihak sepakat bahwa pembayaran urbun adalah sebagai sanksi pemutusan akad, maka masing-masing pihak mempunyai hak menarik kembali akad; apabila yang memutuskan akad adalah pihak yang membayar urbun, ia

⁶⁸ Sofyan Hasan, *Hukum Islam: Bekal Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta: Literata Lintas Media, 2004, hal. 179.

kehilangan urbun tersebut dan apabila yang memutuskan akad adalah pihak yang menerima urbun, ia mengembalikan urbun ditambah sebesar jumlah yang sama.

Ketentuan ini memperlihatkan adanya dua tujuan urbun. Pertama urbun yang dimaksudkan sebagai bukti untuk memperkuat akad, dimana akad tidak boleh diputuskan secara sepihak oleh salah satu pihak selama tidak ada persetujuan atau adat kebiasaan yang menentukan lain. Dengan demikian, urbun merupakan bagian dari pelaksanaan perikatan salah satu pihak, dan merupakan bagian pembayaran yang dipercepat. Kedua urbun juga dimaksudkan sebagai pemberian hak kepada masing-masing pihak untuk memutuskan akad secara sepihak dalam jangka waktu yang ditentukan dalam adat kebiasaan memutuskan akad adalah pihak pembayar urbun, maka ia kehilangan urbun tersebut (sebagai kompensasi pembatalan akad) yang dalam waktu yang sama menjadi hak penerima urbun. Sebaliknya, apabila pihak yang memutuskan akad adalah pihak penerima urbun, ia wajib mengembalikan urbun yang telah dibayar mitranya, di samping tambahan sebesar jumlah urbun tersebut sebagai kompensasi kepada mitranya atas tindakannya membatalkan akad.

Dari apa yang dikemukakan di atas tampak bahwa akad yang semula mengikat bagi kedua pihak berubah menjadi akad yang tidak mengikat karena adanya urbun yang ditujukan untuk menjadi imbalan atas pemutusan akad secara sepihak. Dengan demikian, tampak pula bahwa

Di Indonesia, dalam Fatwa Dewan Syariah Nasional (DSN) dikenal juga suatu institusi serupa urbun dan disebut uang muka. Pembayaran uang muka ini dapat diberlakukan dalam akad pembiayaan murabahah antara sebuah Lembaga Keuangan Syariah (LKS) dengan nasabahnya. Ketentuannya disebutkan pada angka 7 dari amar kedua Fatwa DSN yang berbunyi sebagai berikut :⁶⁹

⁶⁹ Abdul Ghofur Anshori, *OpCit*, hal 222

“Jika uang muka memakai kontrak urbun sebagai alternatif uang muka, maka :

- a. Jika nasabah memutuskan untuk membeli barang tersebut, ia tinggal membayar sisa harga;*
- b. Jika nasabah batal membeli, uang muka menjadi milik bank maksimal sebesar kerugian yang ditanggung oleh bank akibat pembatalan tersebut; dan jika uang muka tidak mencukupi, nasabahnya wajib melunasi kekurangannya.”*

Tampaknya konsep urbun (uang muka) dalam Fatwa Dewan Syariah Nasional ini lebih cocok dikualifikasi sebagai ganti rugi berdasarkan kesepakatan dengan pembayaran awal daripada urbun dengan alasan bahwa :⁷⁰

- 1) Pemotongan urbun (uang muka) oleh LKS dalam hal nasabah mebatalkan akad murabahah didasarkan pada besarnya kerugian yang dialaminya, sehingga apabila urbun itu lebih besar dari kerugian LKS, sisanya dikembalikan kepada nasabah dan apabila lebih kecil, LKS dapat meminta tambahan kekurangannya.
- 2) Dalam konsiderannya, Dewan Syariah Nasional tdk menyinggung hadis larangan urbun.
- 3) Sebaliknya Fatwa tersebut mengutip hadis tentang syarat (klausul) perjanjian, “Kaum Muslimin setia kepada syarat-syarat mereka,” dan hadis tentang ganti rugi, “Tidak boleh merugikan diri sendiri dan tidak boleh merugikan orang lain.”

c. Terminasi Akad Karena Tidak Dilaksanakan

Pada dasarnya, permintaan terminasi akad (fasakh) dari salah satu pihak karena pihak lain tidak melaksanakan prestasinya sangat dibatasi dalam hukum Islam. Asasnya dalam fikih pra modern adalah bahwa dalam akad muawadah (atas beban) yang bersifat lazim dan tidak mengandung

⁷⁰ Adiwarman Karim, *Bank Islam: Analisis Fiqih dan Keuangan (edisi II)*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2004, hal. 98.

khiyar (opsi) apabila salah satu pihak tidak melaksanakan perikatannya, pihak lain dalam rangka membebaskan dirinya dari kewajibannya yang tidak dapat meminta fasakh akad atas dasar pihak mitra tersebut cedera janji, namun akadnya tetap berlangsung. Apa yang dapat ia lakukan adalah menuntut mitra (ganti kerugian) sesuai dengan keadaan, dan dasar penuntutan tersebut adalah akad itu sendiri. Sebagai contoh dapat dikemukakan beberapa jenis akad berikut. *Pertama*, akad jual bel.

Mengenai ini ditegaskan dalam kitab Mursyid al-Hairan bahwa apabila pembeli tidak membayar harga secara tunai atau pada waktu jatuh tempo bila akadnya dengan pembayaran di belakang., akad jual beli tidak dibatalkan dan pembeli dipaksa agar membayar harga; apabila pembeli menolak untuk membayar, pembayaran dilaksanakan terhadap kekayaannya sebesar harga yang dituntut (Pasal 487). Namun demikian, dikecualikan apabila ada perjanjian pembatalan melalui khiyar pembayaran (khiyar an-naqd), akad dapat dibatalkan dalam hal salah satu pihak tidak melaksanakan perikatan. Tentang ini dalam Mursyid al-Hairan ditegaskan, "Apabila kedua pihak dalam akad jual beli memperjanjikan bahwa jika pembeli tidak membayar harga selambat-lambatnya tiga hari, jual beli dan klausul tersebut adalah sah; apabila pembeli membayar harga dalam tempo yang ditentukan itu, akad jual beli mengikat, dan apabila pembeli tidak membayarnya atau ia meninggal dalam tempo yang ditentukan tersebut, jual beli menjadi fasid (harus di fasakh).

Kedua dalam akad gadai (ar-rahn). Apabila seorang pemilik barang yang menggadaikan barang tersebut melakukan cidera janji dengan cara menjual barang gadai (marhun) tersebut kepada pihak ketiga tanpa izin penerima gadai (murtahin), maka akad gadai tidak di fasakh, dan akad yang ditutup penggadai dengan pihak ketiga itu tidak berlaku akibat hukumnya sampai ada ratifikasi dari penerima gadai. Sebaliknya apabila penerima gadai cidera janji dengan menjual barang gadai ke pihak ketiga tanpa izin penggadai yang menjadi pemilik barang gadai, akad jual beli

dengan pihak ketiga ini tidak berlaku akibat hukumnya dan akad gadai pertama tetap berlangsung dengan tidak difasakh.

Ketiga, akad perdamaian. Apabila salah satu pihak dalam akad perdamaian tidak melaksanakan perikatannya sesuai dengan yang diperjanjikan dalam akad, maka pihak lainnya tidak dapat meminta fasakh terhadap akad tersebut, melainkan menuntut agar debitur melaksanakan perikatannya. Dari ketentuan tersebut terlihat bahwa hukum islam setidaknya dalam ajaran pra modern mempersempit kemungkinan salah satu pihak untuk memfasakh akad bila pihak lain tidak melaksanakan. Akadnya tetap berlangsung dan pihak bersangkutan terus menuntut pelaksanaan akad kepada mitra janjinya, dan bila mitra janji itu menolak, maka akad dilaksanakan secara paksa terhadap kekayaannya (melalui pengadilan). Akan tetapi, hal ini dengan ketentuan pihak yang menuntut pelaksanaan akad tersebut menunjukkan kesediaannya untuk melaksanakan akad itu di pihaknya. Ini artinya dalam hukum islam, dari sudut pandang ini, tidak ada kaitan timbal balik antara perikatan yang satu dengan perikatan yang lain, sehingga apabila pihak yang satu tidak melaksanakan perikatannya, pihak lain tidak dapat menuntut fasakh.

Meskipun dalam fikih pra modern kemungkinan fasakh amat sempit dalam hal salah satu pihak tidak melaksanakan akadnya, namun ada upaya ahli-ahli hukum islam kontemporer untuk meneruskan perkembangan doktrin hukum islam klasik tersebut.⁷¹ Pemberian kewenangan kepada hakim untuk memfasakh akad atas permintaan salah satu pihak dengan dasar pihak lain yang tidak melaksanakan perikatannya tidak bertentangan dengan asas-asas Hukum Islam itu sendiri. Hal itu karena Hukum Islam, dari sudut lain, justru mengenal juga kaitan antara satu sama lain dari perikatan timbal balik seperti tercermin dalam pemberian hak kepada salah satu pihak untuk menahan pelaksanaan

⁷¹ *Ibid*, hal 117.

perikatannya bila pihak lain tidak melaksanakan perikatan di pihaknya. Ini yang dalam Hukum Islam disebut hak menahan (*haqq al-habs*).

Dari apa yang dikemukakan diatas dapat dilihat bahwa syarat fasakh antara lain :⁷²

1. Fasakh hanya dilakukan terhadap akad timbal balik (akad atas beban). Hal ini adalah logis karena akad yang mengikat salah satu pihak, seperti akad hibah, apabila terhadapnya diterapkan ketentuan fasakh tidak akan memberikan arti apa-apa kepada pihak yang meminta fasakh.
2. Salah satu pihak tidak melaksanakan perikatannya sehingga menjadi alasan bagi pihak lain untuk mengajukan permintaan fasakh.
3. Pihak yang meminta fasakh menunjukkan itikadnya dan kesungguhannya dalam melaksanakan perikatan.
4. Fasakh ini dilakukan melalui hakim (pengadilan).

d. Terminasi Akad karena Mustahil dilaksanakan

Apabila tidak dilaksanakannya perikatan oleh salah satu pihak disebabkan oleh alasan eksternal, maka akad batal dengan sendirinya tanpa perlu putusan hakim karena akad mustahil untuk dilaksanakan. Sebagai contoh dalam akad jual beli, apabila barang barang obyek jual beli musnah ditangan penjual sesudah akad ditutup tetapi sebelum barang tersebut diserahkan kepada pembeli, maka akad putus dengan sendirinya karena obyeknya tidak ada dan pembeli meminta kembali harga kepada penjual apabila telah terlanjur diserahkan.

Dalam hal ini baik kemusnahan itu karena kesalahan penjual sendiri maupun karena bencana yang diluar perkiraan dan kemampuan

⁷² *Ibid*,hal 125.

para pihak untuk mengatasinya. Apabila kemusnahan barang itu oleh pihak ketiga yang tidak terkait dengan para pihak, maka pembeli mempunyai *khiyar* (opsi) untuk memilih antara memfasakh akad sambil menagih pengembalian uang harga kepada penjual bila telah terlanjut dibayar dan penjual menagih penggantian kepada pihak ketiga penyebab musnahnya barang di satu pihak atau meneruskan akad jual beli dan membiarkan uang harga pada penjual tetapi pembeli menagih penggantian kepada pihak ketiga yang menyebabkan kemusnahan barang.

Apabila akad merupakan akad yang mengikat satu pihak, seperti hibah, dan debitur, mustahil melaksanakan perikatannya, karena misalnya barang yang hendak dihibahkan musnah oleh suatu bencana (keadaan memaksa) sebelum diserahkan kepada penerima hibah (kreditor), maka hapuslah perikatan debitur karena akad tidak lagi memiliki obyeknya sehingga tidak dapat dilaksanakan.

Akibat hukum dari putusanya akad sebab luar, seperti keadaan memaksa (keadaan darurat karena adanya bencana), atau pihak ketiga yang tidak terkait dengan para pihak, maka para pihak dikembalikan kepada keadaan sedia kala, yaitu seolah-olah tidak pernah terjadi akad. Bila penjual ternyata barang yang dijual dan belum diserahkan kepada pembeli musnah itu telah terlanjur menerima harga pembelian dari pembeli, maka ia wajib mengembalikan harga tersebut kepada pembeli.

2. Pemutusan Kontrak menurut Kitab Undang-undang Hukum Perdata

Normalnya, suatu kontrak akan hapus setelah kontrak tersebut berakhir. Artinya, ketika seluruh bentuk-bentuk perikatan yang telah disepakati dalam kontrak telah dilaksanakan, maka kontrak berakhir dan hapus dengan sendirinya. Misalnya dalam hal disepakatinya perjanjian sewa guna secara financial (*financial leasing agreement*) maka kontrak

sewa guna usaha tersebut akan berakhir setelah seluruh kewajiban untuk membayar cicilan sewaguna usaha tersebut telah dilakukan untuk lessee kepada lessornya seperti yang telah disepakati, demikian pula dengan pelaksanaan hak opsi yang diberikan kepada lesse.⁷³

Akan tetapi, selain dari ketentuan-ketentuan pengakhiran kontrak melalui cara pemenuhan seluruh ketentuan-ketentuan yang telah disepakati dalam kontrak (atau yang dalam pengertian umumnya juga dikenal dengan cara pelunasan atau pembayaran) KUHPerdara, berdasarkan Pasal 1381 mengatur delapan peristiwa hukum yang menjadi dasar dari pengakhiran ataupun hapusnya suatu perikatan ataupun kontrak, sebagai berikut :⁷⁴

- a. Karena pembayaran
- b. Karena penawaran pembayaran tunai, diikuti dengan penyimpanan atau penitipan
- c. Karena pembaharuan utang (*novasi*)
- d. Karena perjumpaan utang atau kompensasi (*set off*)
- e. Karena pencampuran utang
- f. Karena pembebasan hutangnya
- g. Karena musnahnya barang yang terutang
- h. Kebatalan atau pembatalan

Seorang perancang kontrak yang baik harus sangat memahami karakter dari delapan peristiwa hukum tersebut di atas, untuk memperoleh suatu pemahaman yang penuh terhadap proses dan konsekuensi dari suatu kontrak sebagai suatu hubungan hukum, dari kontrak tersebut di mulai (lahir) hingga kontrak tersebut berakhir. Dengan pengetahuan tersebut, maka seorang perancang kontrak akan dapat juga menuangkan

⁷³ Miriam Darus Badruzaman, *Aneka Hukum Bisnis*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1994), hal 76

⁷⁴ Ricardo Simanjuntak, *Hukum Kontrak: Teknik Perancangan Kontrak Bisnis*, Jakarta: Kontan Publishing, 2011, hal 241.

ketentuan-ketentuan pengakhiran kontrak dalam suatu penjabaran kesepakatan yang lebih jelas dan teknis, walaupun ketentuan-ketentuan pengakhiran kontrak tersebut, secara umum merupakan suatu tatacara pengakhiran suatu kontrak yang terjadi demi hukum.

a. Perikatan Hapus Karena Pembayaran

Pembayaran dalam konteks ini harus dipahami secara luas. Artinya lebih mengarah pada pengertian pemenuhan prestasi (*performance*) dalam suatu perjanjian seperti yang telah dijelaskan tersebut di atas. Pembayaran, dalam hal ini tidak hanya dalam bentuk penyerahan sejumlah uang, akan tetapi akan sangat tergantung pada bentuk ataupun jenis prestasi yang disepakati dalam perjanjian tersebut. Misalnya dalam perjanjian kredit, pembayaran dapat diartikan dalam bentuk penyerahan uang oleh debitur kepada pihak kreditur sebagai pengembalian ataupun pelunasan pinjaman yang telah diterimanya dari kreditur tersebut berdasarkan perjanjian kredit.

Berbeda dengan perjanjian jual beli, penyerahan objek jual beli oleh penjual dapat juga diartikan dengan pembayaran (kontra prestasi) dari penjual sebagai konsekuensi terhadap pembayaran harga barang yang dibeli tersebut. Dalam hal hak dan kewajiban tersebut telah secara sempurna dipenuhi maka kontrak tersebut menjadi berakhir atau hapus. Begitu juga terhadap kewajiban dari pihak akan berakhir setelah penanggung tersebut menyelesaikan seluruh kewajibannya dari debitur yang ditanggungnya sebagai konsekuensi dari ketidakmampuan dari debitur tersebut untuk menyelesaikan kewajiban-kewajiban yang telah disepakati dalam kontrak.

Pengertian pembayaran dalam arti luas diatur dalam Pasal 1382 KUHPerdara, sebagai berikut :

“ Tiap-tiap perikatan dapat dipenuhi oleh siapa saja yang berkepentingan, seperti seorang yang turut berhutang atau seorang penanggung utang.

Suatu perikatan bahkan dapat dipenuhi juga oleh seorang pihak ketiga, yang tidak mempunyai kepentingan asal saja orang pihak ketiga itu bertindak atas nama dan untuk melunasi utangnya si berhutang, atau jika ia bertindak atas namanya sendiri, asal ia tidak menggantikan hak-hak si berpiutang.”

Pasal tersebut di atas menjelaskan bahwa pembayaran merupakan suatu tindakan pemenuhan kewajiban terhadap tiap-tiap perikatan dari orang-orang yang berkepentingan untuk itu. Tidak dibatasi hanya dalam pemenuhan kewajiban debitur dalam perjanjian iktang-piutang semata, akan tetapi pada seluruh bentuk perikatan ataupun kontrak yang meletakkan bahwa pihak yang terikat untuk melaksanakan kewajiban sebagai debitur ataupun pihak yang berhutang.

Pembayaran pada umumnya dilakukan oleh orang yang terikat untuk melakukannya, dalam hal ini adalah debitur. Dalam Pasal 1831 KUHPerdata diatur bahwa yang dapat melakukan pembayaran adalah :

1. Debitur sendiri sebagai pihak yang langsung terikat dalam perjanjian;
2. Penjamin atau *borgtocht* atau *guarantor* (*personal guarantor* atau *corporate guarantor*) yang sebelumnya memberikan penjaminan atas pembayaran objek perikatan perjanjian tersebut;
3. Orang ketiga lainnya yang melakukan pembayaran atas nama debitur.

Sedangkan pihak yang berhak untuk menerima pembayaran diatur dalam Pasal 1385 KUHperdata, yaitu :

1. Kreditur sendiri sebagai pihak yang langsung berkepentingan;
2. Kepada seseorang yang telah diberi kuasa oleh kreditur;
3. Kepada orang yang telah ditunjuk hakim untuk berhak menerima pembayaran;
4. Atau pun orang-orang yang ditetapkan undang-undang.

Ketentuan-ketentuan yang diatur sebagai dasar dari pengakhiran kontrak melalui pembayaran disebut diatas sangat menekankan pada bentuk-bentuk penyelesaian yang disepakati oleh pihak-pihak berkontrak sendiri. Misalnya, tentang pembayaran kepada pihak yang berhak dengan jumlah dan tata cara yang disepakati oleh keduanya. Dengan kata lain, tidak ada alasan untuk melakukan pembayaran jika memang tidak ada kewajiban untuk itu. Begitu pula sebaliknya, tidak ada alasan untuk menerima pembayaran bila tidak ada hak untuk itu.

Lebih jauh berdasarkan Pasal 1389 KUHPerdara juga diatur bahwa debitur tidak dapat memaksa seorang kreditur untuk harus menerima pelunasan utang nya dengan cara pembayaran melalui barang walaupun barang yang diserahkan tersebut memiliki nilai yang sama atau bahkan lebih tinggi dari jumlah piutang tersebut. Begitu pula tentang tata cara pelunasan utang, seorang debitur tidak dapat memaksa seorang kreditur untuk menerima pembayaran utang-utangnya dengan cara mencicil, meskipun secara teknis pembayaran seperti itu, menurut debitur dapat dilakukan. Semuanya akan sangat ditentukan oleh apa yang telah disepakati dalam kontrak diantara para pihak.

Demikian pula misalnya, tentang kehadiran pihak ketiga yang bersedia melakukan pembayaran ataupun pelaksanaan kewajiban dari debitur. Hal tersebut harus dilakukan berdasarkan kesepakatan dalam kontrak. Artinya, walaupun hal tersebut memungkinkan untuk dilakukan, akan tetapi tidak semua bentuk pengambilalihan ataupun pelaksanaan kewajiban debitur yang dilakukan oleh pihak ketiga dapat diterima. Dalam hal penyelesaian kewajiban si debitur tersebut dilunasi oleh pihak ketiga, maka pihak ketiga baik demi hukum ataupun berdasarkan kesepakatan berhak untuk mengambil alih hak-hak si berpiutang yang telah dilunasinya tersebut untuk mendapatkan pelunasan dari debitur berdasarkan asas subrogasi.

b. Perikatan Hapus Karena Penawaran Pembayaran Tunai Diikuti Dengan Konsignasi atau Penitipan

Pelunasan utang perjanjian dengan menawarkan pembayaran secara tunai yang diikuti dengan konsignasi atau penitipan dimungkinkan berdasarkan Pasal 1404 KUHPerdara jika kreditur menilai pembayaran yang dilakukan oleh debitur tersebut, padahal secara kontraktual sebenarnya debitur tersebut berhak untuk melakukan pembayaran seperti yang telah ditawarkannya tersebut. Dengan pengertian lain, atas hak yang dimilikinya untuk membayar utang tersebut, maka penolakan yang dilakukan oleh kreditur tanpa alasan hukum dapat diterima, akan memberikan hak bagi debitur untuk tetap melakukan pelunasan kewajibannya tersebut dengan cara konsignasi dengan menitipkannya di pengadilan. Tindakan tersebut akan membebaskan dirinya dari tuduhan wanprestasi dan pembayaran melalui konsignasi tersebut akan segera mengakhiri atau menghapuskan perjanjian sehubungan dengan itu.

c. Pembaharuan Utang (Novasi)

Pembaharuan utang atau Novasi merupakan suatu peristiwa hukum yang dapat menghapuskan suatu perikatan ataupun kontrak yang diperbaharuinya tersebut. Artinya dengan telah adanya suatu kesepakatan baru yang disetujui oleh semua pihak, maka kesepakatan lama akan menjadi hapus dengan sendirinya. Dalam Pasal 1413 KUHPerdara dijelaskan tiga bentuk pembaharuan utang yang diperbolehkan, yaitu :

1. Apabila seorang yang berutang membuat suatu perikatan utang baru guna orang yang mengutangkan kepadanya, yang menggantikan utang yang lama, yang dihapuskan karenanya;
2. Apabila seorang berutang baru ditunjuk untuk menggantikan orang berutang lama, yang oleh si berpiutang dibebaskan dari perikatannya;
3. Apabila, sebagai akibat suatu perjanjian baru, seorang berpiutang baru ditunjuk untuk menggantikan orang berpiutang lama, terhadap siapa si berutang dibebaskan dari perikatannya.

d. Kompensasi (*Set Off*)

Kompensasi adalah perjumpaan utang antara debitur dan kreditur yang sama-sama mempunyai piutang ataupun tagihan diantara kedua belah pihak. Contohnya : A mempunyai tagihan 1 juta kepada B, dimana pada saat yang bersamaan B juga mempunyai tagihan kepada A. Dengan keadaan ini A dan B dapat mengadakan perjumpaan utang yang akhirnya akan membebaskan kedua belah pihak dari perjanjian-perjanjian yang telah diperjumpakan tersebut. Kompensasi ini umumnya terjadi dengan sendirinya ataupun secara hukum (Pasal 1426 KUHPerdara) sebagai suatu reaksi antara kedua belah pihak yang mempunyai hak dan kewajiban yang sama dalam dua perjanjian utang piutang dimana dalam perjanjian yang satu berkedudukan sebagai debitur sementara dalam perjanjian yang satu lagi sebagai kreditur. Kompensasi ini tidak dapat dilakukan dengan merugikan hak kreditur lain. Hal ini mungkin terjadi misalnya dalam hal seorang debitur dari suatu kreditur yang kemudian dinyatakan pailit atas kewajibannya pada pihak lain, membeli piutang salah satu dari kreditur si pailit tersebut yang kemudian piutang tersebut dikompensasikannya kepada utangnya terhadap si pailit.

Kompensasi seperti ini tidak sah secara hukum dan dapat dibatalkan karena debitur tidak dapat secara *bad faith* melakukan *set off* dari hasil pembelian tagihan seorang kreditur konkuren lainnya setelah si debitur dinyatakan pailit. Selain secara tegas hal tersebut diatur dalam Pasal 51 ayat 1 Undang-Undang Kepailitan dan Pasal 1249 KUHPerdara, hal tersebut juga dilarang karena melanggar prinsip prorata yang diatur dalam Pasal 1132 KUHPerdara.

e. Pencampuran Utang

Pencampuran utang terjadi apabila kedudukan sebagai orang berpiutang dan orang yang berutang berada pada satu orang, akan

mengakibatkan secara hukum terjadinya percampuran utang yang mengakibatkan hapusnya piutang yang ada.

f. Pembebasan Utang

Pembebasan utang merupakan suatu kesepakatan yang secara sukarela dilakukan oleh seorang kreditur terhadap debiturnya, dan ataupun pihak-pihak yang terikat untuk menyelesaikan kewajiban tersebut untuk membebaskan debitur tersebut dari seluruh kewajib-kewajiban utangnya tersebut. Pembebasan utang berdasarkan Pasal 1438 KUHPerdara tidak dapat dipersangkakan akan tetapi harus dibuktikan. Oleh karena itu dari sisi perancangan kontrak, langkah pembebasan utang walaupun dapat dilakukan dengan cara secara sukarela mengembalikan surat-surat utang ataupun surat-surat yang berhubungan dengan itu, sebaiknya juga dilakukan melalui suatu bentuk kesepakatan tertulis yang secara tegas menjelaskan maksud, alasan, dan konsekuensi hukum dari berakhirnya perjanjian yang ada akibat dari pembebasan utang tersebut.

g. Musnahnya Barang yang Terutang

Hapusnya perjanjian secara hukum dapat terjadi barang tertentu yang menjadi objek perjanjian tersebut musnah, hilang, atau tidak diketahui keberadaannya, sehingga mengakibatkan pelaksanaan dari prestasi salah satu pihak sama sekali tidak dapat dilaksanakan, sepanjang musnah atau hilangnya barang yang diperjanjikan tersebut tidak terjadi akibat dari kesalahan si berhutang, dan tidak juga terjadi setelah dial alai dalam melaksanakan kewajibannya. Kemusnahan objek perjanjian tersebut pada dasarnya memberikan konsekuensi dari tidak dapatnya dilakukan pelaksanaan hak dan kewajiban yang timbul dari perjanjian tersebut oleh para pihak. Misalnya disebabkan oleh peristiwa *force majeure*.

h. Pembatalan Perikatan

Hapusnya suatu perikatan ataupun perjanjian juga terjadi sebagai konsekuensi hukum atas tidak terpenuhinya persyaratan kontrak yang diatur dalam Pasal 1320 KUHPerdara, khususnya tentang persyaratan subjektif dan objektifnya. Syarat sepakat mereka yang mengikatkan diri dan Kecakapan untuk membuat suatu perikatan dinamakan syarat subyektif, karena kedua syarat tersebut mengenai subyek perjanjian. Syarat subyektif ini apabila tidak dipenuhi maka perjanjian tersebut dapat dimintakan pembatalannya (*vernietgbaar*) oleh pihak yang lemah yaitu pihak yang tidak cakap atau pihak yang memberikan sepakat secara tidak bebas. Sedang syarat suatu benda tertentu dan Suatu sebab yang halal, dinamakan syarat obyektif, karena kedua syarat tersebut mengenai obyek dari perjanjian Apabila syarat obyektif ini tidak dipenuhi maka perjanjian tersebut batal demi hukum, artinya perjanjian tersebut tanpa dimintakan pembatalannya oleh hakim sudah batal dengan sendirinya atau dengan kata lain perjanjian tersebut tidak pernah terjadi.

Dengan pemutusan akad tersebut pasti pula menimbulkan suatu permasalahan diantara para pihak, sehingga para pihak berupaya untuk menyelesaikan permasalahan tersebut. Berbagai upaya untuk menyelesaikan permasalahan yang timbul baik melalui pengadilan maupun luar pengadilan.

C. PENYELESAIAN SENGKETA DALAM KEGIATAN BISNIS SYARIAH

Alternatif penyelesaian sengketa dalam Islam terdiri dari dua macam cara yaitu melalui jalur litigasi atau pengadilan atau dengan upaya perdamaian melalui sarana arbitrase (*tahkim*). Mengenai perdamaian diselesaikan dengan perjanjian perdamaian. Hanya perlu ditegaskan disini bahwa persoalan yang boleh didamaikan adalah pertikaian yang berbentuk harta yang dapat dinilai dan menyangkut hak manusia yang boleh diganti. Perdamaian bersifat final and binding, kecuali dalam

perdamaian tersebut telah terjadi suatu kekhilafan mengenai subyeknya atau telah terjadi kekhilafan terhadap pokok perselisihan.⁷⁵

1. Pengadilan Agama

Sebelum menginjak kepada lembaga apa yang berwenang dalam menyelesaikan sengketa di bidang ekonomi syariah, terlebih dahulu akan dikaji kompetensi absolute yang dimiliki oleh Pengadilan Agama, Pengadilan Negeri, dan lembaga penyelesaian alternative di luar pengadilan, yakni lembaga arbitrase baik dilingkungan Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) atau Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS). Pembahasan mengenai kompetensi absolute ini penting agar kita tidak salah memilih lembaga penyelesaian sengketa mana yang sesuai dan kompeten.

Undang-undang Pengadilan Agama tahun 1989 ini telah mengalami perubahan pada tahun 2006, yaitu dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006. Terkait dengan kompetensi pengadilan agama yang tertuang dalam Pasal 49 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989, telah mengalami perluasan. Adapun perluasan kewenangan dari Pengadilan Agama yaitu berupa kewenangan menyelesaikan sengketa dibidang ekonomi syariah.

Namun berdasarkan Pasal 55 Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang perbankan Syariah sebagaimana tersebut diatas, pengadilan umum dapat menyelesaikan sengketa dibidang Perbankan Syariah sepanjang diperjanjikan oleh para pihak. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa adanya tidak mengurangi kompetensi absolut pengadilan agama, artinya bahwa sepanjang tidak diperjanjikan lain,

⁷⁵ *Ibid*, hal 215.

pengadilan agama mempunyai kompetensi absolute untuk menyelesaikan sengketa ekonomi syariah.

2. Badan Arbitrase Syariah Nasional

Selain lembaga pengadilan selama ini sudah ada lembaga yang menangani sengketa perekonomian syariah diluar pengadilan, yakni Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS) sesuai SK Dewan Pimpinan MUI No. Kep-09/MUI/XII/2003 Tanggal 30 Syawal 1424 H (24 Desember 2003) tentang Badan Arbitrase Syariah Nasional dan Fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia perihal hubungan muamalah (perdata) senantiasa diakhiri dengan ketentuan : “Jika salah satu pihak tidak menunaikan kewajibannya atau jika terjadi perselisihan diantara kedua belah pihak, maka penyelesaiannya dilakukan melalui Badan Arbitrase Syariah setelah tidak tercapai kesepakatan melalui musyawarah”. Namun ini pun harus melalui kesepakatan kedua belah pihak terlebih dahulu. Kalau para pihak tidak sepakat, tentu kasus sengketa itu tidak dapat dibawa ke BASYARNAS.

Pada tanggal 22 April 1992, Dewan Pimpinan MUI mengundang rapat para pakar atau praktisi hukum atau cendekiawan muslim termasuk dari kalangan Perguruan Tinggi guna bertukar pikiran perlu tidaknya dibentuk Arbitrase Islam. Setelah beberapa kali melakukan rapat, didirikanlah Badan Arbitrase Muamalat Indonesia (BAMUI) yang didirikan oleh Majelis Ulama Indonesia (MUI) tanggal 05 Jumadil Awal 1414 H bertepatan dengan tanggal 21 Oktober tahun 1993 M. Didirikan dalam bentuk badan hukum yayasan, sebagaimana dikukuhkan dalam akte notaris Yudo Paripurno,SH. Nomor 175 tanggal 21 Oktober 1993.

Dalam rekomendasi RAKERNAS MUI, tanggal 23-26 Desember 2002, menegaskan bahwa BAMUI adalah lembaga hukum (arbitase syari'ah) satu-satunya di Indonesia dan merupakan perangkat organisasi MUI. Kemudian sesuai dengan hasil pertemuan antara Dewan Pimpinan

MUI dengan Pengurus BAMUI tanggal 26 Agustus 2003 serta memperhatikan isi surat Pengurus BAMUI No.82/BAMUI/07/X/2003, tanggal 07 Oktobe2003, maka MUI dengan SK nya No.Kep - 09/MUI/XII/2003, tanggal 24 Desember 2003, menetapkan :

- a. Mengubah nama Badan Arbitras Mu'amalat Indonesia (BAMUI) menjadi Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS).
- b. Mengubah bentuk badan BAMUI dari yayasan menjadi badan yang berada dibawah MUI dan merupakan perangkat organisasi.
- c. Dalam melaksanakan tugas dan fungsinya sebagai lembaga hukum, BASYARNAS bersifat otonom dan independen.
- d. Mengangkat pengurus BASYARNAS.

Dasar hukum mengenai arbitrase sebagai alternative penyelesaian sengketa diluar pengadilan adalah Pasal 1338 KUHPerdara, yang intinya mengatakan bahwa perjanjian yang dibuat secara sah berlaku mengikat seperti undang-undang bagi pihak-pihak yang mengadakannya. Kemudian perjanjian tersebut tidak dapat dibatalkan secara sepihak dan harus dilaksanakan dengan itikad baik oleh para pihak. Dengan demikian dasar legitimasi penyelesaian sengketa melalui arbitrase adalah, perjanjian berlaku sebagai undang-undang bagi pihak yang membuatnya dan dianutnya system terbuka dalam hukum perjanjian sehingga terdapat kebebasan bagi para pihak dalm menentukan isi perjanjian, pelaksanaan perjanjian, dan cara penyelesaian sengketa.

Berdasarkan ketentuan diatas dan demi kelancaran dalam penyelesaian sengketa di kemudian hari, maka para pihak biasanya mencantumkan klausula arbitrase didalamnya. Dalam hal sengketa yang terjadi menyangkut masalh ekonomi islam, maka BASYARNAS yang diplih oleh para pihak, dengan tidak menutup kemungkinan bagi pihak lain untuk

memilih Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) ataupun melalui Arbitrase ad hoc. Hal demikian dibenarkan mengingat ketentuan Pasal 2 Peraturan Prosedur Arbitrase di BANI menyatakan bahwa dengan menunjuk BANI dan/atau memilih Peraturan Prosedur BANI untuk penyelesaian sengketa, para pihak dalam perjanjian atau sengketa tersebut dianggap sepakat untuk meniadakan proses pemeriksaan perkara melalui Pengadilan Negeri sehubungan dengan perjanjian atau sengketa tersebut, dan akan melaksanakan setiap putusan yang diambil oleh Majelis Arbitrase berdasarkan Peraturan Prosedur BANI.⁷⁶

Dalam Arbitrase penyelesaian suatu sengketa tidak hanya melalui hukum yang mengatur, tetapi juga berdasarkan pada ketentuan-ketentuan kontrak, praktik, dan kebiasaan yang relevan, dan berdasarkan kewenangan yang bersifat *amicable compositeur* dan/atau memutuskan secara *ex aequo et bono*⁷⁷, apabila para pihak telah menyatakan kesepakatan mengenai hal itu.

Dengan demikian penyelesaian sengketa melalui arbitrase mempunyai keunggulan, antara lain :⁷⁸

1. Penyelesaiannya relative cepat dan biaya murah.
2. Kerahasiaan para pihak yang bersengketa tetap terjaga mengingat siding arbitrase adalah tertutup untuk umum, putusan lebih bersifat *win-win solution*, sehingga lebih lanjut akan tercapai suatu *restitutio in integrum* bagi para pihak dan masing-masing pihak tetap dapat menjalankan kegiatan bisnisnya tanpa ada hambatan berarti.

⁷⁶ H. Priyatna Abdurrrasyid, *Arbitrase & Alternatif Penyelesaian Sengketa*, PT. Fikahati Aneska & Bani, Jakarta, 2002. Hal 44.

⁷⁷ Penyelesaian sengketa berdasarkan kebijaksanaan/keputusan yang ada didalam masyarakat.

⁷⁸ Ade Maman Suherman, *Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, Aspek Hukum dalam Ekonomi Global*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2004. Hal 27.

BASYARNAS baru mempunyai kompetensi absolute untuk menyelesaikan sengketa yang terjadi di bidang perekonomian syariah, apabila para pihak mencantumkan dalam perjanjian yang dibuat berupa klausula-klausula arbitrase yang menjadi satu dengan perjanjian pokok ataupun perjanjian arbitrase khusus yang terpisah dari perjanjian pokok yang menyangkut pilihan hukum (*choice of law*) dan pilihan forum (*choice of forum*).

Penyelesaian secara arbitrase ini dapat dilakukan sebelum terjadinya sengketa atau sesudah terjadinya sengketa. Dalam hal belum terjadi sengketa para pihak dapat mencantumkan klausula arbitrase dalam perjanjian pokok yang dibuat atau dalam naskah perjanjian tersendiri yang dikenal dengan istilah *pactum de compromitendo*. Kemudian dalam hal setelah terjadi sengketa para pihak dapat membuat perjanjian arbitrase tersendiri terpisah dari perjanjian pokok, dan ini dikenal dengan istilah *akta kompromis*. Contoh klausula Arbitrase adalah sebagai berikut :

“Kedua belah pihak sepakat apabila dalam pelaksanaan perjanjian ini terjadi sengketa akan diselesaikan secara Musyawarah. Apabila penyelesaian secara Musyawarah tidak berhasil, kedua belah pihak dapat menyerahkan penyelesaiannya kepada Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS) yang putusannya bersifat final dan mengikat.”

Adanya klausula arbitrase tersebut meniadakan hak para pihak untuk menyelesaikan sengketanya melalui jalur pengadilan (Pasal 11 Ayat 1 UU Nomor 30 Tahun 1999), sebaliknya Pengadilan Negeri (kini juga Pengadilan Agama) tidak berwenang untuk mengadili sengketa para pihak yang telah terikat dalam Perjanjian Arbitrase (Pasal 3 UU Nomor 30 Tahun 1999).

Dalam Al-Quran dapat kita jumpai ketentuan yang menjadi dasar hukum dari arbitrase, diantaranya adalah Surat An-Nisa Ayat 35, yang artinya adalah sebagai berikut :

“Dan jika kamu khawatirkan ada persengketaan antara keduanya, maka kirimlah seorang laki-laki dari keluarga laki-laki dan seorang hakam dari keluarga perempuan. Jika kedua orang hakam itu bermaksud mengadakan perbaikan niscaya Allah member taufik kepada suami istri itu. Sesungguhnya Allah Maha Mengetahui lagi Maha Mengenal.” (Q.S. An-Nisa Ayat 35).

Dapat juga kita jumpai dalam ketentuan Al-Quran Surat An-Nisa Ayat 114 dan 128, yang artinya adalah sebagai berikut :

“Tidak ada kebaikan pada kebanyakan bisikan-bisikan mereka, kecuali bisikan-bisikan dari orang yang menyuruh (manusia) member sedekah, atau berbuat makruf atau mengadakan perdamaian di antara manusia. Dan barang siapa yang berbuat demikian karena mencari keridhaan Allah, maka kelak Kami member kepadanya pahala yang besar.” (Q.S. An-Nisa Ayat 114).

“Dan jika seorang wanita khawatir akan nusyus, atau sikap tidak acuh dari suaminya, maka tidak mengapa bagi keduanya mengadakan perdamaian yang sebenar-benarnya, dan perdamaian lebih baik walaupun manusia itu menurut tabiatnya kikir, dan jika kamu bergaul dengan istrimu secara baik dan memelihara dirimu, maka sesungguhnya Allah adalah Maha Mengetahui apa yang kamu kerjakan.” (Q.S. An-Nisa Ayat 128).

Dalam Surat Al-Hujurat Ayat 9 juga kita jumpai ketentuan yang mengatur tentang hal ini, yang artinya adalah sebagai berikut :

“Dan jika ada dua golongan dari orang-orang mukmin berperang, maka damaikanlah antara keduanya. Jika salah satu dari dua golongan itu berbuat aniaya terhadap golongan yang lain maka perangilah golongan yang berbuat aniaya itu sehingga golongan itu kembali kepada perintah Allah, jika golongan itu telah kembali (kepada perintah Allah), maka damaikanlah diantara keduanya dengan adil dan berlaku adillah. Sesungguhnya Allah menyukai orang-orang yang berlaku adil.” (Q.S. Al-Hujurat Ayat 9).

Jadi inti arbitrase menurut pandangan islam adalah penyelesaian sengketa yang terjadi antara para subyek hukum melalui cara-cara damai dengan perantara pihak ketiga, dimana pihak ketiga tersebut berhak untuk

mengambil keputusan yang harus diridhoi oleh pihak-pihak yang bersengketa.

Secara singkat dapat dikatakan bahwa lembaga yang berwenang dalam menyelesaikan sengketa muamalah di bidang perekonomian syariah adalah BASYARNAS sepanjang diperjanjikan oleh para pihak dan Pengadilan Agama berdasarkan ketentuan Pasal 49 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Atas Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama.

D. Langkah hukum dalam penyelesaian sengketa perjanjian menurut KUH.Perdata

Penyusunan setiap bentuk perikatan dalam suatu tatanan yang baik, lengkap dan jelas akan membangun tingkat kepastian hukum bagi masing-masing pihak yang berkontrak. Selain membangun kepastian dan keadilan hukum dalam mencapai tujuannya, yaitu mendapatkan keuntungan yang direncanakan masing-masing pihak dari aktivitas bisnis tersebut, juga dalam mendapatkan perlindungan maksimal bila terjadi permasalahan ataupun sengketa hukum terhadap pelaksanaan kontrak.

Dalam perjalanan suatu kontrak, sengketa-sengketa yang muncul dari suatu kontrak tidak selalu disebabkan oleh ketidaksempurnaan kontrak tersebut dalam proses perancangannya, akan tetapi dapat juga terjadi pada kontrak-kontrak yang sebenarnya secara teknis telah dirancang dengan sangat baik dan berhati-hati, misalnya diakibatkan oleh permasalahan financial yang terjadi pada salah satu pihak berkontrak. Dengan pengertian bahwa permasalahan-permasalahan yang tidak dapat diperhitungkan masih saja mungkin terjadi walaupun kontrak tersebut telah dirancang dengan baik dan bahkan juga awalnya didasari oleh niat baik dari masing-masing pihak.

Dalam hal terjadi sengketa terhadap kontrak maka pada umumnya para pelaku bisnis akan berupaya untuk mencari jalan penyelesaiannya

secara damai tanpa harus melibatkan pengadilan (*out of settlement*). Akan tetapi, ketika permasalahan ataupun sengketa tersebut tidak lagi dapat diselesaikan secara damai, maka pengadilan ataupun Arbitrase sebagai lembaga penyelesaian sengketa yang disepakati para pihak dalam menyelesaikan permasalahan tersebut dengan terpaksa harus dilibatkan sebagai upaya akhir.

Oleh karena itu, klausula pilihan hukum, dan cara penyelesaian serta domisili ataupun yurisdiksi penyelesaian sengketa menjadi sangat penting bagi para pihak untuk memastikan langkah-langkah yang harus ditempuh dalam membela dan memperjuangkan perlindungan haknya, baik melalui pengadilan maupun melalui langkah-langkah alternatif penyelesaian sengketa diluar pengadilan (*alternative dispute settlement*), untuk memastikan upaya pembelaan hak masing-masing pihak dapat dilakukan dengan lebih terencana baik dari penggunaan waktu ataupun biaya.

1. Pengadilan sebagai lembaga penyelesaian sengketa kontrak

Seperti juga terjadi pada negara-negara lain, peran pengadilan dalam memeriksa dan memutuskan sengketa-sengketa perdata merupakan peran sentral, hingga terbentuknya penyelesaian sengketa alternatif lainnya seperti lembaga arbitrase, konsiliasi, dan mediasi. Berdasarkan Pasal 1 Undang-Undang No.4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman ditegaskan bahwa kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara dalam melakukan penegakan hukum dan keadilan melalui penyelenggaraan peradilan di Indonesia. Kekuasaan negara dalam menyelenggarakan peradilan inilah yang menjadi dasar berfikir dari pelaksanaan Pasal 1266 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang mengharuskan penyelesaian sengketa dari suatu kontrak dilakukan melalui putusan hakim.

Seperti yang telah diuraikan diatas, secara hukum penyelesaian sengketa dalam kontrak bukanlah merupakan kewenangan pihak berkontrak untuk mengaturnya. Kewenangan untuk memutuskan siapa yang sebenarnya yang wanprestasi dalam pelaksanaan suatu kontrak, - walaupun tatacara penentuan wanprestasi tersebut telah secara dalam kontrak - tetap merupakan kewenangan dari hakim untuk memutuskannya, ketika diantara para pihak berkontrak timbul sengketa dalam penentuan status wanprestasi tersebut. Pengecualian Pasal 1226 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata tidak dapat mengesampingkan kewenangan pengadilan untuk memeriksa dan memutuskan suatu sengketa kontrak walaupun para pihak telah sepakat untuk mengesampingkan kewenangan pengadilan tersebut dengan menyepakati klausula pengesampingan Pasal 1226 KUHPerdata. Dari sisi perancangan kontrak sangat penting kiranya seorang kontrak drafteer memahami hal ini, sehingga jikapun para pihak menginginkan dicantumkannya secara tegas pengesampingan Pasal 1226 KUHPerdata dalam kontrak, harus dengan sangat jelas dipahami bahwa pengesampingan tersebut hanyalah akan berlaku dan mengikat jika pada dasarnya tidak terdapat sengketa.

Ketika sengketa yang terjadi diantara para pihak tersebut tidak dapat diselesaikan secara damai, maka ketika sengketa tersebut masuk ke pengadilan melalui gugatan perdata badan peradilan yang berwenang untuk memeriksa dan memutuskan adalah pengadilan negeri.

Kewenangan dari pengadilan negeri adalah untuk menerima, memeriksa dan mengadili secara langsung gugatan dalil-dalil serta bukti-bukti yang mendasari suatu gugatan ataupun dalil-dalil pembelaan yang diajukan oleh pihak-pihak yang berperkara yang berada dalam kewenangan yurisdiksinya dalam suatu proses persidangan yang bersifat terbuka untuk umum. Artinya, Majelis Hakim Pengadilan Negeri sebagai *Judex Factie* mempunyai kewenangan untuk memeriksa seluruh substansi perkara yang diajukan dalam bentuk tertulis maupun lisan

didepan persidangan, termasuk juga bukti-bukti dan saksi-saksi yang dihadirkan oleh masing-masing pihak yang berperkara dalam mendukung dalil-dalil gugatan ataupun pembelaannya. Sementara, dalam hal upaya hukum banding diajukan, pengadilan tinggi yang juga merupakan pengadilan *Judex Factie*, mempunyai kewenangan untuk memeriksa kembali substansi perkara yang dilimpahkan oleh pengadilan negeri tersebut kepadanya didasarkan pada keberatan-keberatan yang diajukan oleh pembanding. Putusan pengadilan tinggi tersebut bersifat membatalkan ataupun memperbaiki putusan pengadilan negeri atau sebaliknya putusan yang menguatkan putusan pengadilan negeri.

Walaupun putusan dari Mahkamah Agung pada tingkat kasasi dinyatakan sebagai sebuah putusan yang telah berkekuatan tetap sehingga putusan tersebut demi hukum telah dapat di eksekusi pelaksanaannya, akan tetapi putusan kasasi tersebut masih memungkinkan untuk dipermasalahkan kembali melalui suatu hak untuk mengajukan upaya hukum khusus yang dikenal dengan Peninjauan Kembali ke mahkamah agung. Dasar dari pihak yang berperkara untuk mengajukan upaya hukum peninjauan kembali ke mahkamah agung adalah atas dasar dapat dibuktikan bahwa telah terjadi kebohongan ataupun tipu muslihat atau juga pengajuan bukti-bukti palsu, kekhilafan ataupun kekeliruan nyata oleh hakim ataupun atas dasar ditemukannya bukti baru (*novum*) sebagai suatu dokumen bukti yang bersifat menentukan dalam menemukan kebenaran yang sebenar-benarnya dari perkara tersebut.

Dalam praktek, tidak ada pembatasan hak dalam mengajukan upaya hukum banding, kasasi, ataupun peninjauan kembali dari pihak yang tidak puas terhadap putusan-putusan pada setiap tingkat pengadilan tersebut, sepanjang syarat-syarat untuk mengajukan upaya hukum tersebut diatas dipenuhi. Artinya, jumlah nilai yang dipersengketakan, atau rumit tidaknya suatu perkara tidak menjadi dasar persyaratan dari

pengajuan hak upaya hukum dari pihak yang dikalahkan ke pengadilan tinggi ataupun Mahkamah Agung. Hal inilah, antara lain yang menjadi faktor utama yang memicu lamanya waktu berperkara di pengadilan, khususnya pada tingkat Mahkamah Agung, sebagai satu-satunya pusat dari seluruh putusan setiap peradilan di Indonesia. Karena dengan ketentuan pengaturan waktu "selekas-lekasnya" ternyata secara praktek sering menimbulkan ketidakpastian penggunaan waktu beracara di Pengadilan, yang membuat suatu perkara perdata dapat memakan waktu 4 sampai dengan 6 tahun untuk dapat diputuskan hingga pada tingkat Peninjauan Kembali di Mahkamah Agung.

Walaupun begitu, ternyata waktu berperkara yang cukup lama tersebut sering kali juga tidak memberikan kepastian bagi masing-masing pihak tersebut untuk memperoleh keadilan yang diinginkannya melalui proses litigasi. Jikapun proses berperkara tersebut akhirnya dimenangkan oleh salah satu pihak, belum tentu juga pihak yang dikalahkan bersedia untuk secara rela tunduk melaksanakan putusan pengadilan yang telah Berkekuatan Hukum Tetap tersebut atau jikapun rela, belum tentu pula harta pihak yang kalah berperkara tersebut mencukupi untuk melunasi seluruh kewajiban yang dalam putusan pengadilan harus dilunasinya. Sehingga seringkali terdengar istilah kemenangan berperkara, sebagai suatu kemenangan diatas kertas semata, karena kemenangan tersebut ternyata tidak dapat diwujudkan secara nyata dalam bentuk pembayaran ganti rugi yang telah dialami penggugat.

Rumit dan lamanya waktu berperkara ditambah dengan seringnya terjadi ketidakpastian hasil dari suatu putusan ataupun pelaksanaan putusan dari suatu pengadilan yang telah berkekuatan tetap itulah, yang membuat banyak pihak yang berkontrak sering berusaha untuk menghindarkan kerumitan dari suatu proses berperkara di pengadilan tersebut walaupun terjadi wanprestasi ataupun sengketa antara para pihak yang berkontrak. Misalnya Pasal 1226 KUHPerdata dalam kontrak.

Sehingga diharapkan bahwa dengan telah disepakatinya pengesampingan (*waive*) keberlakuan dari Pasal 1226 KUHPerdara tersebut, masing-masing pihak yang berkontrak dapat memutuskan ataupun membatalkan suatu kontrak secara sepihak atas keyakinan telah terjadinya wanprestasi secara langsung tanpa harus terlebih dahulu mendapatkan putusan pengadilan.

Ternyata dalam prakteknya tindakan pengesampingan keberlakuan Pasal 1226 KUHPerdara tersebut, tidak efektif karena bila ternyata salah satu pihak yang memperjanjikan pengesampingan Pasal 1226 KUHPerdara tersebut tidak bisa menerima keputusan kontrak secara sepihak dan mengajukan gugatan Perdata ke Pengadilan Negeri, ternyata pengadilan Perdata tersebut tetap saja berwenang untuk memeriksa dan memutuskan perkara tersebut walaupun para pihak telah dengan tegas mengesampingkan kewenangan dari pengadilan untuk memeriksa dan memutuskan perkara perdata jika terjadi diantara mereka.

2. Arbitrase Sebagai Suatu Alternatif Penyelesaian Perkara Diluar Pengadilan

Arbitrase adalah suatu alternatif diluar dari pengadilan untuk menyelesaikan sengketa-sengketa sehubungan dengan aktifitas komersial. Dikatakan penyelesaian sengketa diluar pengadilan, karena memang para pihak tidak menggunakan pengadilan, hakim-hakim pengadilan, ataupun hukum acara pengadilan dalam memeriksa dan memutuskan sengketa perdata tersebut, akan tetapi memberikan kewenangan penyelesaian sengketa tersebut kepada suatu lembaga resmi yang setara dengan pengadilan, yang dikenal dengan arbitrase.

Latar belakang dari kehadiran arbitrase tersebut adalah adanya keinginan-keinginan dari para pencari keadilan untuk mencari suatu bentuk penyelesaian yang adil setara dengan idealisme pengadilan tanpa melibatkan pengadilan ataupun tanpa harus terikat pada bentuk-bentuk

formalitas dan tata beracara pengadilan dalam menyelesaikan sengketa tersebut.⁷⁹ Contohnya, bahwa bila didasarkan pada ketentuan HIR sebagai hukum acara pengadilan yang berlaku maka setiap upaya hukum baik dalam bentuk banding, kasasi, maupun upaya hukum khusus peninjauan kembali adalah hak-hak dari masing-masing pihak berperkara yang dapat saja dilakukan setiap waktu pihak tersebut merasa tidak puas terhadap putusan dari pengadilan pada setiap tingkat yang dilaluinya sampai pada suatu putusan yang mengikat dan final.

Walaupun secara teori hak untuk melakukan upaya hukum yang diatur dalam HIR merupakan suatu cara maksimal untuk mendapatkan keadilan yang sebenarnya, akan tetapi dalam prakteknya sering kali pihak-pihak yang berperkara menyalahgunakan alasan tersebut sebagai suatu cara untuk menggantung perkara sehingga seluruh perkara yang masuk ke pengadilan sangat memungkinkan untuk masuk pada tingkat peninjauan kembali yang tentu saja akan membutuhkan waktu penyelesaian perkara yang sangat lama.

Oleh karena itu, untuk dapat menahan hak mengajukan upaya hukum dalam HIR yang dalam prakteknya bahkan sering disalahgunakan, maka para pihak berkontrak sepakat untuk tidak menggunakan pengadilan sebagai tempat menyelesaikan sengketa dari kontrak mereka. Konsekuensi logisnya, dengan memindahkan alternatif penyelesaian sengketa ke arbitrase, maka putusan arbitrase haruslah menjadi suatu putusan yang bersifat final dan mengikat, artinya tidak dimungkinkan lagi upaya hukum banding, kasasi, ataupun peninjauan kembali terhadap putusan tersebut sesuai Pasal 60 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Lembaga Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Sikap inilah salah satu yang menjadi alasan bahwa berperkara di arbitrase akan

⁷⁹ M.Yahya Harahap, *Arbitrase*, Sinar Grafika, edisi ke dua, 2001, hal 3.

menghasilkan suatu putusan final dan mengikat dalam waktu yang jauh lebih cepat dibandingkan dengan pengadilan.⁸⁰

Selain itu, alasan berikutnya dari keinginan untuk keluar dari penyelesaian perkara melalui pengadilan didasari karena adanya keinginan dari para pihak untuk memastikan bahwa hakim-hakim yang mengadili perkara tersebut adalah orang-orang yang mempunyai penguasaan pengetahuan dan pengalaman yang dalam terhadap materi dari materi dari masalah tersebut, yang membuat objektivitas pemeriksaan ataupun analisa materi perkara tersebut dapat dilakukan secara maksimal.

Atas fakta-fakta banyaknya putusan-putusan yang dirasakan tidak memenuhi rasa keadilan yang diduga dilatar belakangi kurang mampuan hakim-hakim dalam memahami subsantsi perkara-perkara, membuat para pihak menggunakan alternatif penyelesaian diluar pengadilan, untuk memberikan kesempatan pada masing-masing para pihak baik melalui lembaga arbitrase maupun arbitrase *ad hoc* untuk memilih sendiri para arbiter nya dari orang-orang yang mempunya kemampuan baik terhadap materi yang dipersengketakan tersebut.

Selain dari alasan adanya suatu proses pemeriksaan yang singkat dimana hasil tersebut menjadi langsung mengikat bagi para pihak, karena memang telah diperiksa oleh tenaga-tenaga ahli dibidang nya yang independen yang diusulkan oleh masing-masing pihak berperkara, suatu proses pemeriksaan yang tidak seformal pengadilan, dimana putusan lebih didasarkan oleh pertimbangan keadilan (*ex aquo et bono*) membuat putusan-putusan lembaga arbitrase lebih bersifat menjangkau rasa keadilan dari masing-masing pihak sehingga masing-masing pihak yang berperkara akan merasa tidak terlalu dikalahkan dalam permasalahan

⁸⁰ Jimmy J Sihombing, *Cara Menyelesaikan Sengketa di Luar Pengadilan*, Visimedia, Jakarta, 2011. Hal 23.

yang diputus oleh Majelis Arbitrase yang lebih memposisikan diri mereka sebagai wasit terhadap penyelesaian perkara tersebut.

Dengan beberapa keunggulan-keunggulan yang telah dijelaskan tersebut diatas membuat lembaga arbitrase menjadi suatu alternatif penyelesaian sengketa hubungan bisnis yang semakin dikehendaki oleh para pelaku bisnis dalam kontrak-kontrak bisnis yang dijalankannya, khususnya dalam bentuk-bentuk kontrak yang bersifat internasional, mengingat putusan dari lembaga Arbitrase bukanlah seperti putusan pengadilan yang sangat berhubungan dengan *Sovereignty* (kedaulatan) dari suatu negara, apalagi bila negara dari masing-masing pihak berkontrak tersebut telah menandatangani konvensi internasional dalam komitmen untuk saling melaksanakan putusan lembaga arbitrase internasional apabila putusan tersebut di eksekusi di wilayah negara masing-masing anggota konvensi.⁸¹ Terhadap keputusan arbitrase, para pihak dapat mengajukan permohonan pembatalan apabila putusan tersebut diduga mengandung unsur-unsur sebagai berikut:⁸²

- a. surat dokumen yang diajukan dalam pemeriksaan setelah putusan dijatuhkan, diakui palsu atau dinyatakan palsu;
- b. setelah putusan diambil ditemukan dokumen yang bersifat menentukan, yang disembunyikan oleh pihak lawan; atau
- c. putusan diambil dari hasil tipu muslihat yang diakui oleh salah satu pihak dalam pemeriksaan sengketa.

Di Indonesia sendiri, yang pada awalnya menegaskan bahwa penyelesaian permasalahan dalam berkontrak hanya boleh dilakukan melalui pengadilan berdasarkan Pasal 1266 KUHPerdara, tidak begitu

⁸¹ *Ibid*, hal 73.

⁸² Pasal 70 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Lembaga Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

saja dapat menerima langkah pengesampingan Pasal 1266 KUHPdata yang bersifat imperatif tersebut untuk dapat menggantikan peran pengadilan dengan lembaga arbitrase. Dengan kata lain, bahwa diterimanya lembaga arbitrase di Indonesia tidak begitu saja terjadi pada saat ide lembaga arbitrase tersebut dimunculkan, akan tetapi membutuhkan suatu proses yang sangat lama serta juga membutuhkan kerelaan dari pengadilan untuk memberikan peran penyelesaian sengketa yang dimaksud pada lembaga arbitrase tersebut.

Dalam prakteknya dorongan untuk lebih memilih penyelesaian sengketa bisnis melalui lembaga arbitrase terus tumbuh di kalangan pelaku bisnis, yang mendorong kamar dagang industri (KADIN) Indonesia mendirikan Badan Arbitrase Nasional Indonesia pada tahun 1977, sebagai suatu lembaga arbitrase yang tidak hanya diperuntukan untuk menyelesaikan sengketa-sengketa bisnis antara pihak-pihak berperkara domestik semata, akan tetapi juga terhadap penyelesaian perkara-perkara yang berskala Internasional. Sebagai suatu lembaga arbitrase BANI tidak kehilangan independensinya walaupun didirikan oleh KADIN, karena secara struktur dan kewenangan, BANI berdiri terpisah dari KADIN. Dalam melaksanakan kewenangannya, BANI juga telah menciptakan hukum acara yang menjadi anutan para pihak berperkara di BANI tersebut, begitu juga dengan ketentuan tentang daftar arbiter dalam negeri ataupun arbiter asing yang memudahkan para pihak yang berperkara untuk menemukan arbiter-arbiter indepenten yang telah terseleksi sesuai dengan bidang-bidang yang dikuasainya. Selanjutnya dalam perkembangan ataupun penyempurnaan kepastian hukum dari kewenangan dan pelaksanaan keputusan lembaga arbitrase di Indonesia, maka pada tanggal 12 Agustus 1999 pemerintah memberlakukan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Lembaga Arbitrase dan Alternatif penyelesaian sengketa sebagai dasar hukum dari alternatif penyelesaian sengketa di luar pengadilan di Indonesia.

Dalam Undang-Undang Arbitrase tersebut dengan tegas diatur tentang kewenangan arbitrase yang bersifat *extra judicial* terhadap pengadilan, yang membuat para pihak tidak dapat lagi mengajukan gugatan ke pengadilan bila dalam kontrak yang menjadi dasar dari pertikaian ataupun *dispute* tersebut dengan tegas telah menyebutkan pilihan penyelesaian melalui lembaga arbitrase.⁸³

Sehubungan dengan perancangan kontrak, harus diperhatikan bahwa hak untuk menyelesaikan suatu perkara melalui arbitrase merupakan suatu hak yang mengesampingkan keberlakuan Pasal 1266 KUHPerdara atas dasar kebebasan berkontrak seperti yang diatur dalam Pasal 1338 KUHPerdara. Sebagai suatu hukum yang berlaku *Lex Specialis* yang mengesampingkan *Lex Generalis* yaitu Pasal 1266 KUHPerdara, maka hak untuk menyelesaikan sengketa melalui lembaga arbitrase tersebut harus dengan tegas dinyatakan dalam suatu kontrak yang tertulis dan disepakati.

Kesepakatan tertulis tentang pilihan penyelesaian sengketa melalui arbitrase tersebut dapat dilakukan sebelum *dispute* tersebut terjadi. Artinya, para pihak telah memberikan ketegasan untuk menyepakati penyelesaian sengketa melalui lembaga arbitrase ketika kontrak tersebut sedang dirancang. Akan tetapi, tidak tertutup pula kemungkinan bagi para pihak untuk memilih lembaga arbitrase setelah sengketa tersebut muncul, walaupun sebelumnya para pihak tidak menyepakatinya dalam kontrak yang menjadi dasar munculnya sengketa tersebut.⁸⁴ Untuk memperoleh hak tersebut, maka para pihak harus melakukan perubahan terhadap kontrak yang ada secara tertulis dan tegas menyepakati pengalihan penyelesaian sengketa tersebut ke lembaga arbitrase yang dimaksud.

⁸³ Suyud Margono, *APS (Alternatif Penyelesaian Sengketa) & Arbitrase, Proses Pelembagaan dan Aspek Hukum*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2000. Hal 76.

⁸⁴ Rachmadi Usman, *Hukum Arbitrase Nasional*, Jakarta: PT Grasindo, 2002. hal 33.

Akan tetapi tetap harus diingat bahwa melakukan perubahan ketika sengketa telah terjadi sering sangat sulit dilakukan, sehingga sebaiknya penentuan penyelesaian sengketa melalui lembaga arbitrase telah disepakati oleh para pihak yang berkontrak secara jelas dan tegas pada saat sebelum perkara tersebut terjadi ataupun pada saat kontrak tersebut disepakati. Dengan kata lain, menegaskan ketentuan ini pada saat perancangan kontrak akan menjadi suatu hak yang sangat penting dilakukan oleh seorang perancang kontrak yang baik, ketika para pihak memang lebih memilih lembaga arbitrase sebagai lembaga yang akan menyelesaikan sengketa yang mungkin muncul dari kontrak tersebut di masa yang akan datang.

BAB IV

PENUTUP

A. Kesimpulan

Berdasarkan hasil penelitian dan analisa penulis, maka dapat disimpulkan sebagai berikut :

1. Hukum perjanjian syari'ah dalam kata lain disebut dengan *Al-Aqd* atau akad, merupakan suatu ikatan oleh dua pihak atau lebih untuk melahirkan suatu akibat hukum pada subyek dan obyeknya. Hasil penelitian ini menunjukkan dasar yang digunakan untuk menentukan sah atau tidaknya akad menurut Hukum Islam adalah Syariat Islam, sedangkan menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata adalah sesuai dengan Pasal 1320 KUHPerdata. Perbedaan Akad dalam Hukum Islam dengan Perjanjian menurut Hukum Perdata terletak pada para pihak pembuat akad, pernyataan kehendak, obyek akad, dan tujuan akad.
2. Terminasi akad menurut Hukum Islam adalah tindakan mengakhiri perjanjian yang telah tercipta sebelum dilaksanakan atau sebelum selesai pelaksanaannya. Adapun terminasi dapat terjadi karena kesepakatan dari pihak yang berakad, adanya pembayaran *Urbun* dimuka, karena salah satu pihak menolak melaksanakannya, dan karena akad mustahil dilaksanakan. Akibat hukum dari terminasi akad ini kedudukan hukum para pihak kembali seperti sebelum terjadinya akad. Sedangkan menurut KUHPerdata Pasal 1381 hapusnya suatu perikatan atau kontrak disebabkan karena pembayaran, karena penawaran pembayaran tunai, diikuti dengan penyimpanan atau penitipan, karena pembaharuan utang (*novasi*), Karena perjumpaan utang atau kompensasi (*set off*), karena pencampuran utang, karena pembebasan hutangnya, karena musnahnya barang yang terutang, pembatalan. Penyelesaian

sengketa Akad dan Perjanjian sama-sama bias melalui jalur Litigasi (Pengadilan) ataupun melalui lembaga Penyelesaian Sengketa diluar Pengadilan jika telah disepakati oleh para pihak dalam Akad atau perjanjian yang dibuat berdasarkan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Lembaga Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Putusan arbitrase haruslah menjadi suatu putusan yang bersifat final dan mengikat, artinya tidak dimungkinkan lagi upaya hukum banding, kasasi, ataupun peninjauan kembali terhadap putusan tersebut sesuai Pasal 60 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Lembaga Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Dengan adanya Klausula Arbitrase meniadakan hak para pihak untuk menyelesaikan sengketanya melalui jalur pengadilan (Pasal 11 Ayat 1 UU Nomor 30 Tahun 1999), sebaliknya Pengadilan Negeri (kini juga Pengadilan Agama) tidak berwenang untuk mengadili sengketa para pihak yang telah terikat dalam Perjanjian Arbitrase (Pasal 3 UU Nomor 30 Tahun 1999).

B. Saran

1. Setiap Akad atau Perjanjian harus dibuat sesuai dengan rukun dan syaratnya, baik itu dengan mendasarkan pada hukum syariat maupun hukum positif yang berlaku.
2. Sosialisasi mengenai Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS) kepada Umat Islam khususnya dan masyarakat Indonesia pada umumnya karena masyarakat Indonesia belum banyak yang mengetahui mengenai peran serta fungsi dari BASYARNAS tersebut.
3. Penyelesaian sengketa para pihak yang ingin segera mendapat kepastian hukum dari sengketa yang ada dapat dilakukan melalui lembaga arbitrase diluar pengadilan sebagai alternative

penyelesaian sengketa sesuai Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999.

DAFTAR PUSTAKA

- Abdulrasyid, H. Priyatna , 2002, *Arbitrase & Alternatif Penyelesaian Sengketa*, PT. Fikahati Aneska & Bani, Jakarta
- Anwar, Syamsul, 2007, *Hukum Perjanjian Syariah : Studi tentang Teori Akad dalam Fiqih Muamalat*, PT Rajagrafindo Persada, Jakarta
- Ansori, Abdul Ghofur, 2010, *Hukum Perjanjian Islam di Indonesia*, Gajah Mada University Press, Yogyakarta
- , 2007, *Perbankan Syariah di Indonesia*, Gajah Mada University Press, Yogyakarta
- Ash-Shawi, Shalah & Abdullah al-Mushlih, 2008, *Fikih Ekonomi Keuangan Islam (terjemahan)*, Darul Haq : Jakarta
- Badruzaman, Miriam Darus, 2001, *Kompilasi Hukum Perikatan*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung
- , 1994, *Aneka Hukum Bisnis*, Citra Aditya Bakti, Bandung
- Busro, Achmad, 2011, *Hukum Perikatan Berdasar Buku III KUH Perdata*, Pohon Cahaya, Yogyakarta
- Djamil, Fathurahman, 2001, *Hukum Perjanjian Syariah dalam Kompilasi Hukum Perikatan*, PT.Citra Aditya Bakti, Bandung
- Hartono, C.G.F. Sunaryati, 1994 *Penelitian Hukum di Indonesia pada Akhir abad ke-20*
- Harahap, M.Yahya , 2001, *Arbitrase*, Sinar Grafika, edisi ke dua
- Hasan Sofyan , 2004, *Hukum Islam: Bekal Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, Literata Lintas Media, Jakarta
- Hidayat Arief, 2006, *Kebebasan Berserikat di Indonesia (Suatu Analisis Pengaruh Perubahan Sistem Politik Terhadap Penafsiran Hukum)*, (Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro)
- HS, Salim, 2006, *Perkembangan Hukum Kontrak diluar KUH Perdata*, Raja Grafindo Persada, Jakarta
- , 2008, *Hukum Kontrak*. Sinar Grafika, Jakarta

- Karim, Adiwarmanto, 2004, *Bank Islam: Analisis Fiqih dan Keuangan (edisi II)*, Raja Grafindo Persada, Jakarta
- Khairandy, Ridwan, 2003, *Itikad Baik Dalam Keabsahan Berkontrak*, Universitas Indonesia, Jakarta
- Longman, 2008, *Islamic Banking : A Practical Perspective*, (Malaysia : Pearson Malaysia)
- Margono, Suyud , 2000, *APS (Alternatif Penyelesaian Sengketa) & Arbitrase, Proses Pelembagaan dan Aspek Hukum*, Ghalia Indonesia, Jakarta
- Mertokusumo, Sudikno, 1979, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Liberty, Yogyakarta
- , 1985, *Mengenal Hukum (Suatu Pengantar)*, Liberty, Yogyakarta
- Muhammad, Abdulkadir, 1986, *Hukum Perjanjian*, Alumni, Bandung
- , 1990, *Hukum Perikatan*, Citra Aditya Bakti, Bandung
- Pasaribu, Chairuman dan Suhrawadi K. Lubis, 2004, *Hukum Perjanjian Dalam Islam*, Sinar Grafika, Jakarta
- Patrik, Purwahid, 1994, *Dasar-dasar Hukum Perikatan (Perikatan yang lahir dari perjanjian dan dari UUD)*, Mandar Maju, Bandung
- , *Hukum Perdata I (Asas-Asas Hukum Perikatan)*, (Semarang: Jurusan hukum Perdata Fakultas Hukum Universitas Diponegoro)
- , 1986, *Asas Itikad Baik dan Kepatutan dalam Perjanjian*. Semarang. Badan Penerbit universitas Diponegoro.
- Projodikoro, R. Wirjono, 2000, *Asas-Asas Hukum Perjanjian*, Sumur Bandung, Cet X, Jakarta
- Sihombing, Jimmy , 2011, *Cara Menyelesaikan Sengketa di Luar Pengadilan*, Visimedia, Jakarta
- Simanjuntak, Ricardo , 2011, *Hukum Kontrak: Teknik Perancangan Kontrak Bisnis*, Kontan Publishing, Jakarta

Sjahdeini, Sutan Remy , 2009, *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan yang Seimbang Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia*, Pustaka Utama Grafiti, Jakarta

Subekti, 2005, *Hukum Perjanjian*, Intermasa, Jakarta

Sudarsono, Heri, 2003, *Bank dan Lembaga Keuangan Syariah*, Ekonisia, Yogyakarta

Suherman, Ade Maman, 2004, *Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, Aspek Hukum dalam Ekonomi Global*, Ghalia Indonesia, Jakarta

Sunggono, Bambang, 1997, *Metode Penelitian Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta

Soekanto, Soerjono, 1986, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI Press, Jakarta

Soemitro, Roni Hanitjo 1982, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Ghalia Indonesia, Jakarta

Soehartono, Irawan 1999, *Metode Penelitian Sosial Suatu Teknik Penelitian Bidang Kesejahteraan Sosial Lainnya*, Remaja Rosda Karya, Bandung

Syahrani, Riduan, 2006, *Seluk- Beluk dan Asas-Asas Hukum Perdata*, Alumni, Bandung

Usman Rachmadi, 2002, *Hukum Arbitrase Nasional*, PT Grasindo, Jakarta

Hasil Penelitian, Jurnal Ilmiah, serta Makalah

Hadisuprpto, Paulus, *Ilmu Hukum dan Pendekatannya*, (Semarang: Makalah, FH UNDIP)

Kashadi, *Pedoman Penulisan Usulan Penelitian dan Tesis*, Semarang : Program Studi Magister Kenotariatan Program Pascasarjana Universitas Diponegoro

Peraturan Perundang-undangan

Al Quran

Al Hadist

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPER)

Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES)

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa

Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah

Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2008 tentang Surat Berharga Syariah Negara